

University of Groningen

Softwarebetrekkingen

Neppelenbroek, Evert Dirk Casimir

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Neppelenbroek, E. D. C. (2013). *Softwarebetrekkingen: de auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Softwarebetrekkingen

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2013 E.D.C. Neppelenbroek | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-786-0

NUR 822

www.bju.nl

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

Softwarebetrekkingen

De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens
derden

Proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 27 juni 2013
om 16.15 uur

door

Evert Dirk Casimir Neppelenbroek
geboren op 14 februari 1971
te Arnhem

Promotores:

Prof. mr. dr. F.M.J. Verstijlen
Prof. mr. A.A. Quaadvlieg

Beoordelingscommissie:

Prof. dr. M.H. Wissink
Prof. dr. W.H.M. Reehuis
Prof. dr. P.B. Hugenholtz

WOORD VOORAF

Dit promotietraject heeft lang geduurd. Dankzij het vertrouwen dat mijn promotoren Prof. mr. F.M.J. Verstijlen en Prof. mr. A.A. Quaedvlieg in mij hebben gesteld is mijn promotietraject in 2010 gaan lopen en kon ik het onderzoek op 1 oktober 2012 afsluiten. Ik ben mijn promotoren daarvoor dankbaar. Verder dank ik Prof. mr. M.H. Wissink, Prof. mr. W.H.M. Reehuis en Prof. mr. P.B. Hugenholtz voor hun bereidheid in de leescommissie plaats te nemen.

In de Groningse vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht hangt een professionele en warme sfeer. Ik ben er trots op bij deze club te mogen werken. Ik dank mijn collega's voor de gedachtewisselingen, de kattenbelletjes, het aanhoren van mijn geklaag en de onvergetelijke avonden in de Toxbar op Schiermonnikoog.

Mijn ouders en mijn zus Corinne hebben deze periode voortdurend voor morele support gezorgd, hoe de uitkomst ook zou zijn. Mijn vrouw Saskia heeft mij geduldig en liefdevol door de moeilijke momenten heen gesleept. Mijn dochter Maartje heeft ervoor gezorgd dat ik (voor mijn doen) gedramd heb om zo snel mogelijk klaar te zijn. Zij verdient immers zo snel mogelijk de meest vrolijke vader die ik kan zijn. Dank jullie wel.

Groningen, april 2013

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF	V
1. INLEIDING	1
1.1 Software als vermogensrechtelijk verschijnsel	1
1.2 Doelstellingen en onderzoeksvraag	2
1.3 Plan van behandeling	2
2. OVER DE VERKRIJGER VAN SOFTWARE EN OVER HET NEERHALEN VAN EEN SCHUTTING TUSSEN HET AUTEURSRECHT EN HET GOEDERENRECHT	5
2.1 Inleiding	5
2.2 Werkexemplaar tegenover werk	6
2.3 De positie van de eigenaar van een werkexemplaar	7
2.3.1 Een schilderij als voorbeeld	7
2.3.2 Uitputting	8
2.3.3 Eigen gebruik	10
2.3.4 Vermogensrechtelijke onafhankelijkheid	11
2.4 De softwarerichtlijn	12
2.4.1 Het brede reproductierecht	13
2.4.2 Het distributierecht en de uitputting	13
2.4.3 De uitzondering voor de rechtmatige verkrijger	15
2.4.4 Het contractuele gebruiksdoel en het exemplaar	17
2.4.5 Geen uitdrukkelijke licentie	18
2.5 Naar de juiste uitleg van art. 45j Aw	18
2.5.1 Het exceptieve van de gebruikersbepaling	18
2.5.2 Eerste uitleg: de rechtmatige eigendomsverkrijger	20
2.5.3 Tweede uitleg: negatieve afbakening	22
2.5.3.1 Negatieve afbakening: richtlijn en implementatie	25
2.5.3.2 Negatieve afbakening: bezwaren	27
2.5.4 Derde uitleg: positieve invulling	29
2.6 Het neerhalen van de schutting	32
2.7 De agenda voor de komende beschouwingen	33
2.8 Slot	34
3. SOFTWARE: DE AUTEUR, DE VERKRIJGER EN DERDEN	37
3.1 Inleiding	37
3.2 Het reproductierecht en de gebruikersrechten	38
3.3 Meningen uit Nederland	40
3.3.1 Eerste benadering: eigendom	40
3.3.2 Tweede benadering: voorwaarden gelden ‘inter partes’	41
3.3.3 Derde benadering: voorwaarden gelden jegens derden	42
3.3.4 Verschillen	45

3.4	Rechtsvergelijking	46
3.4.1	‘Europese’ commentaren	47
3.4.2	Nationale handboeken	49
3.5	Evaluatie	51
3.6	Slot	54
4. DE AANSCHAF VAN STANDAARDSOFTWARE EN DE TOEPASSELIJKHEID VAN HET KOOPRECHT		55
4.1	Inleiding	55
4.2	Vijf casus	57
4.3	Nederland	58
4.3.1	Wetgeving	58
4.3.2	Jurisprudentie	61
4.3.3	Literatuur	63
4.4	Duitsland	67
4.4.1	Jurisprudentie	67
4.4.2	Literatuur	69
4.5	Evaluatie	71
4.6	De casus	75
5. VERKRIJGERS EN RESELLERS: SOFTWAREDISTRIBUTIE OP HET SNIJVLAK VAN HET VERMOGENSRECHT EN HET AUTEURSRECHT		79
5.1	Inleiding	79
5.2	De distributie van werkexemplaren	81
5.2.1	Algemeen	81
5.2.2	Softwarepakketten en de Europese richtlijn	82
5.3	Softwaredistributie en de discussie rond shrink-wraplicenties	83
5.3.1	Shrink-wraplicenties	83
5.3.2	De discussie in de literatuur	84
5.3.3	Reactie	85
5.3.4	De ‘nuloptie’	87
5.3.5	De shrink-wrap en de passieve A/P	88
5.3.5.1	Het probleem van toepasselijkheid	88
5.3.5.2	Shrink-wraps als algemene voorwaarden	88
5.3.5.3	De praktijk	89
5.3.6	Enkele rechtsvergelijkende aantekeningen	91
5.3.6.1	Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk	91
5.3.6.2	Duitsland	93
5.3.6.3	Conclusie rechtsvergelijking	94
5.4	Vier distributiemogelijkheden voor de software	95
5.4.1	Van onmogelijkheden naar mogelijkheden	95
5.4.2	Vertegenwoordigingsmethode	96
5.4.2.1	Methode	96
5.4.2.2	Wederpartij	96
5.4.2.3	Implementatie	96
5.4.2.4	Op te nemen bedingen	97
5.4.3	Derdenbeding	97
5.4.3.1	Methode	97
5.4.3.2	Wederpartij	97
5.4.3.3	Implementatie	97

5.4.3.4	Op te nemen bedingen	98
5.4.4	Doorverkoop	99
5.4.4.1	Methode	99
5.4.4.2	Wederpartij	99
5.4.4.3	Implementatie	100
5.4.4.4	Op te nemen bedingen	101
5.4.5	Sublicentie	101
5.5	Slot	102
6. DE SOFTWAREGEBRUIKS LICENTIE BIJ DE OVERDRACHT VAN HET AUTEURSRECHT EN IN HET FAILLISSEMENT VAN DE LICENTIEGEEVER		105
6.1	Inleiding	105
6.2	De softwarelicentie in drie casus	107
6.2.1	Casus 1: Huursoftware	107
6.2.2	Casus 2: Koopsoftware	107
6.2.3	Casus 3: Source code escrow	108
6.3	De aard van de gebruikslicentie en art. 45j Aw	109
6.3.1	De wettelijke grondslag	109
6.3.2	Toepassing van art. 45j Aw op derden verkrijgers? Twee opvattingen	110
6.4	De softwarelicentie als vorderingsrecht of beperkt recht	111
6.4.1	Nederland: vorderingsrecht	111
6.4.2	Duitsland: beperkt recht	112
6.5	De softwarelicentie en de overdracht van het auteursrecht	113
6.5.1	Derdenwerking en huursoftware	113
6.5.2	Derdenwerking en koopsoftware	114
6.5.3	Derdenwerking en de automatisering met source code escrow	116
6.6	Het faillissement van de licentiegever	116
6.6.1	De reikwijdte van het faillissement bij software	117
6.6.2	De softwarelicentie buiten faillissement	119
6.6.3	De softwarelicentie in faillissement	121
6.6.4	Huursoftware	122
6.6.5	Koopsoftware	123
6.6.6	Automatisering met source code escrow	125
6.6.7	Duitsland	126
6.7	Alternatieve mogelijkheden	127
6.7.1	Kettingbeding/Afstand van recht	127
6.7.2	Het overdragen van (schijfjes) auteursrecht	128
6.7.3	Het vestigen van een recht op vruchtgebruik	131
6.7.4	Wettelijke aanpassingen	131
6.8	Slot	132
7. DE VERKRIJGING VAN DE EIGENDOM VAN ELEKTRONISCHE BESTANDEN OVER INTERNET		135
7.1	Inleiding	135
7.2	‘Materiële’ gegevens als bestanddeel van een zaak	136
7.3	Een keten van originele verkrijgingen	140
7.4	Vermogensrechtelijke consequenties	142
7.5	Iedereen eigenaar!	143
7.6	Slot	145

8. DIGITALISERING, AUTEURSRECHT EN VIER WAARNEMINGEN OVER DE EIGENDOM	147
8.1 Inleiding	147
8.2 Het volksbegrip ‘eigendom’	149
8.3 Eigendom in de nationaalrechtelijke context	150
8.4 De plaats van de eigendom in de vermogensrechtelijke systematiek	151
8.5 De bevoorrechte eigendom	153
8.6 De abstracte eigendom	156
8.7 Zelf opgelegde eigendomsbeperkingen	156
8.8 Beschikken gaat boven gebruiken	157
8.9 Digitalisering, auteursrecht en de rol van de eigendom	158
8.9.1 Het auteursrecht als eigendomsbeperking	158
8.9.2 Uitputting, beschikken en digitalisering	161
8.9.3 Digitalisering en de auteursrechtelijke licentiëring van gebruik	163
8.9.4 Toegang in plaats van licentie	165
8.10 Commentaar op de waarnemingen	165
8.10.1 Geen bevoorrechte plaats	165
8.10.2 De eigendom is inderdaad abstract	167
8.10.3 Eigendomsbeperkingen van anders gerechtigden	168
8.10.4 Gebruiken is belangrijker dan beschikken	168
8.11 Enkele rechtspolitiek getinte opmerkingen	169
8.12 Slot	171
9. SLOTBESCHOUWING	173
9.1 Vraagstelling en plan van behandeling	173
9.2 Ontwikkelingen in de jurisprudentie	174
9.2.1 Usedsoft/Oracle	174
9.2.2 Hulskamp/De Beeldbrigade, Hulskamp/Bell	176
9.3 De softwarebetrekkingen en het auteursrecht	178
9.3.1 De auteur/leverancier en rechtmatige verkrijger	178
9.3.2 Opvolgende verkrijgers en uitputting	179
9.4 Softwarebetrekkingen en het verbintenissenrecht	182
9.4.1 De auteur/leverancier en de gebruiker	182
9.4.2 Softwaredistributie via een reseller	185
9.5 Softwarebetrekkingen en het goederenrecht	186
9.5.1 De auteur/leverancier en de gebruiker	186
9.5.2 De opvolgende auteur en de faillissementscurator	188
9.6 Usedsoft/Oracle en de positie van de koper van software	189
SUMMARY	195
LITERATUUR	203
TREFWOORDENREGISTER	215

1. INLEIDING

1.1 *Software als vermogensrechtelijk verschijnsel*

Software (computerprogrammatuur) wordt in het rechtsgebied dat ‘informaticarecht’ heet gezien als een van de meest moeilijk te doorgronden verschijnselen. In vermogensrechtelijke zin kan software op minstens twee manieren worden benaderd.

In de eerste plaats is er de goederenrechtelijke benadering. Een klassieke vraag in het informaticarecht luidt: ‘Is software een zaak?’ Uit de literatuur blijkt dat bij een positieve beantwoording van die vraag vaak tegelijk wordt betoogd dat gebruik kan worden gemaakt van allerlei voor privatisten ‘normale’ juridische instrumenten, zoals ‘koop van een zaak’ (art. 7:1 BW) bij de aanschaf van een standaardsoftwareproduct en ‘eigendom van een zaak’ (art. 5:1 BW) om de positie van de verkrijger van de software aan te duiden. Kleve is bij uitstek de persoon die deze goederenrechtelijke benadering in Nederland verdedigt.¹

Software kan – en moet – ook vanuit het auteursrecht worden benaderd. De softwarerichtlijn, in Nederland geïmplementeerd in art. 45h Aw en verder, biedt het kader voor de auteursrechtelijke bescherming voor de maker van software als een werk, een origineel geestesproduct. De juridische betrekking tussen de auteur en de verkrijger van de software wordt geregeld in art. 45i Aw en verder. Thole heeft deze auteursrechtelijke regeling als basis van haar beschouwingen genomen.² Zij hoort bij degenen die bij de aanschaf van software gezien deze auteursrechtelijke dimensie niet meer kunnen spreken over de koop van een zaak en de positie van de verkrijger van software niet meer (primair) kunnen aanduiden als ‘eigenaar van een zaak.’ Uit de verstrekkende reikwijdte van de auteursrechtelijke bepalingen voor software blijkt volgens Thole dat we over de verkrijger vooral moeten nadenken als ‘licentienemer,’ een obligatoir gerechtigde. In haar (nog steeds indrukwekkende) studie heeft zij vervolgens deze consequentie op verschillende vermogensrechtelijke terreinen doordacht.

Alleen al het feit dat over software in de loop van de tijd deze diametraal tegenover elkaar staande opvattingen – en met daarbinnen allerlei tussenopvattingen – in binnen- en buitenland zijn blijven bestaan rechtvaardigt een blijvende belangstelling voor dit juridische verschijnsel.

¹ Zie: P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004.

² Zie: E.P.M. Thole, *Software, een ‘novum’ in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.

1.2 Doelstellingen en onderzoeksvraag

In dit boek wordt in de eerste plaats beoogd aan de hand van een vermogensrechtelijke analyse tot een theorie te komen die de juridische relatie tussen de auteursrechthebbende en de verkrijger van software het best kan beschrijven. Daarbij moet stelling worden genomen over de vraag op welke wijze de uit Europa afkomstige auteursrechtelijke softwareregeling ingrijpt op de juridische positie van de gebruiker. Ook moet duidelijk worden wat het verkrijgen van een exemplaar, al dan niet op elektronische wijze, in goederenrechtelijke zin inhoudt en aan de hand van welk type transactie het aanschaffen van software kan worden begeleid. Met deze ‘alzijdige benadering’ kan deze theorie op een verantwoorde manier geplaatst worden tegenover andere opvattingen.

Het tweede doel is om vanuit de ontwikkelde theorie – met in ogenschouw andere mogelijke opvattingen – de positie van de auteur en de verkrijger jegens derden in kaart te brengen. Bijzondere aandacht gaat daarbij naar de vraag of de verkrijger zich in een positie weet die geheel of gedeeltelijk laat vergelijken met die van de verkrijger van een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk zoals we die al kennen in de niet digitale wereld. En mocht die positie niet (zonder meer) vergelijkbaar zijn, dan wordt bekeken vanuit de ontwikkelde theorie welke mogelijkheden het bestaande recht kan bieden om de positie van de verkrijger zeker te stellen jegens derden. De problematiek over derden vertaalt zich zo naar de vraag naar *derdenwerking*.

Gezien deze doelstellingen kan de volgende onderzoeksvraag worden geformuleerd:

Hoe moeten bij het vermogensobject software uit auteursrechtelijk, verbintenissenrechtelijk en goederenrechtelijk perspectief de juridische betrekkingen tussen de auteur, de verkrijger en derden worden gekwalificeerd?

1.3 Plan van behandeling

Dit boek is een bundeling van bijdragen die ik aan de softwarediscussie heb geleverd. Deze zijn los van elkaar geconcipieerd en dus ook los van elkaar te lezen. Toch vertonen de verschillende stukken voldoende samenhang om ze onder te kunnen brengen onder de noemer ‘softwarebetrekkingen.’ Hoofdstuk drie tot en met acht van dit boek zijn eerder verschenen als tijdschriftartikel. Ten einde deze bundel als boek beter toegankelijk te maken heb ik de kopjes in de artikelen verwerkt tot genummerde (sub)paragrafen. Een enkele keer zijn de kopjes ingekort en soms is omwille van eenvormigheid een andere opmaak en verwijzingsmethode gekozen dan in het tijdschrift. Verder zijn verwijzingen in de artikelen naar andere in deze bundel staande artikelen voorzien van een interne verwijzing naar de corresponderende boekparagraaf tussen rechte haken. Een

literatuurlijst en een trefwoordenregister zijn toegevoegd. Met de wijzigingen en toevoegingen is niet beoogd een inhoudelijke verandering aan te brengen in het boek ten opzichte van de corresponderende verschenen artikelen. Voor zover ik op de inhoud van de verschenen artikelen wens terug te komen, gebeurt dit in hoofdstuk 2 en 9, de inleidende beschouwing en de slotbeschouwing.

Het tweede hoofdstuk heeft als titel: ‘Over de verkrijger van software en over het neerhalen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht.’ Dit stuk is niet eerder in een tijdschrift gepubliceerd. Het dient als een nadere onderbouwing van mijn visie op de juridische verhouding tussen de auteur en de rechtmatige verkrijger van software in de zin van de Europese softwarerichtlijn. Tevens biedt het een kapstok om de volgende, wel gepubliceerde stukken aan te hangen. In deze beschouwing wordt eerst aangegeven in welke opzichten de vermogensrechtelijke betrekking tussen auteur en verkrijger van een traditioneel werkexemplaar als een boek of een schilderij, vanzelfsprekend was. Vervolgens wordt geanalyseerd waarom de betrekking tussen de auteur en de verkrijger van software niet meer gebaseerd kan worden op deze vanzelfsprekendheden.

In het derde hoofdstuk wordt vooral ingegaan op het auteursrechtelijke facet van de problematiek.³ Hier wordt een rechtsvergelijkende analyse gegeven van de reikwijdte van de uit Europa afkomstige auteursrechtelijke softwarerichtlijn. Tot hoever en in welke vorm kan de auteursrechthebbende de juridische positie van de verkrijger van software bepalen? Wat is de positie van opvolgende verkrijgers? De binnen- en buitenlandse auteursrechtelijke literatuur (Duitsland, Frankrijk, België, Engeland) wordt op een rij gezet en daarbinnen wordt de door mij geprefereerde invalshoek aangewezen.

In hoofdstuk vier wordt de vraag beantwoord hoe de overeenkomst voor de aanschaf van het informatieproduct software dient te worden gekwalificeerd, en met name of voor de aanschaf van software de kwalificatie als een koopovereenkomst kan worden verdedigd, en zo ja, onder welke omstandigheden.⁴ Ook hier wordt een korte rechtsvergelijking, met name met het Duitse recht, uitgevoerd.

Ook het vijfde hoofdstuk heeft een verbintenisrechtelijk perspectief.⁵ In de praktijk wordt software vaak via een ‘reseller’ in het verkeer gebracht. Hier staat de vraag centraal met wie de verkrijger van de software een contract heeft gesloten als hij gebonden wordt aan specifiek door de auteur opgelegde voorwaarden. En: hoe kan de auteur ervoor zorgen dat hij die specifieke gebruiksvoorwaarden (al dan niet in een licentiecontract) aan de verkrijger van software oplegt? Hierbij wordt een kritische analyse gegeven van de praktijk rond de zogenoemde shrink-wraplicenties.

³ Verschenen als: ‘Software: De auteur, de verkrijger en derden,’ *AMI* 2006-4, p. 109-118.

⁴ Verschenen als: ‘De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht,’ *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2005-2, p. 4-28.

⁵ Verschenen als: ‘Verkrijgers en resellers: software distributie op het snijvlak van het vermogensrecht en het auteursrecht,’ *NTBR* 2012/6, p. 203-213.

In hoofdstuk zes wordt ingegaan op in op een goederenrechtelijk facet van de positie van de verkrijger van een standaardsoftwareproduct.⁶ Wat gebeurt met de gebruikslicentie van de softwareverkrijger als de rechthebbende/licentiegever het auteursrecht aan een derde overdraagt of failliet gaat? Ook in deze studie wordt aandacht besteed aan het Duitse recht.

Het zevende hoofdstuk betreft de in het informaticarecht bekende vraag naar de goederenrechtelijke status van digitale databestanden.⁷ Is een dergelijk bestand een zaak? Levert het downloaden van die data een eigendomsoverdracht op? Of is over de status niet in termen van stoffelijke zaken of eigendomsoverdracht te spreken? In deze beschouwing wordt afgezien van de uitdrukkelijke bespreking van het eventueel auteursrechtelijk beschermd zijn van het informatieproduct, maar de studie biedt een grondslag voor de appreciatie van de vermogensrechtelijke kwalificatie van digitalisering in het algemeen en de relatie tussen de auteur en de verkrijger van software in het bijzonder, vooral voor het geval deze niet op een drager, maar via een download wordt verkregen.

In hoofdstuk acht worden in bredere zin de ontwikkelingen op het gebied van digitalisering geanalyseerd.⁸ In deze studie wordt kritisch gekeken naar een aantal mogelijke waarnemingen over het eigendomsrecht op stoffelijke zaken die dit recht van een hogere orde doen lijken dan andere, ‘onstoffelijke’ vermogensrechten, waarbij het auteursrecht als voornaamste voorbeeld wordt gebruikt. Dit gezien de toename van de mogelijkheden om met het auteursrecht (bijvoorbeeld op software) de positie van de verkrijger te bepalen. Hier zal worden beschreven hoe het eigendomsrecht, toch schijnbaar het vlaggenschip van de goederenrechtelijke rechten, door de digitalisering en de versterking van het auteursrecht op een weinig interessant tweede plan wordt gezet.

Dit boek wordt afgesloten met een slotbeschouwing waarin de beantwoording van de hierboven genoemde onderzoeksvraag – welke in de eerste bijdrage is uitgewerkt – centraal staat. Voor zover in de losse studies bij de beantwoording van een wat verbrokkeld beeld ontstaat, kan dat in de slotbeschouwing worden hersteld. Tevens kan voor de verschillende aspecten worden ingegaan op de meest recente ontwikkelingen op het gebied van wetgeving, jurisprudentie en literatuur.

⁶ Verschenen als: ‘De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever,’ *TvI* 2011, p. 152-165.

⁷ ‘De verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over Internet,’ *NJB* 2006-10, p. 560-566.

⁸ ‘Digitalisering, auteursrecht en vier waarnemingen over de eigendom,’ *RM Themis* 2012/5, p. 211-222.

2. OVER DE VERKRIJGER VAN SOFTWARE EN OVER HET NEERHALEN VAN EEN SCHUTTING TUSSEN HET AUTEURSRECHT EN HET GOEDERENRECHT

2.1 *Inleiding*

De Europese softwarerichtlijn (verder: Swrl) regelt de verhouding tussen de auteur en de verkrijger van software.¹ Over de betekenis van deze regeling wordt veel gedebatteerd. In deze beschouwing zal ik een onderbouwing geven van mijn opvatting dat de positie van de verkrijger een auteursrechtelijke is. Dit is de hoeksteen onder de beschouwingen die in dit boek zullen volgen. Het doel van deze voorafgaande beschouwing is verder om een agenda te kunnen stellen voor de volgende beschouwingen, zodat het verband tussen deze op zich zelf gepubliceerde studies wordt verhelderd.

De rechtmatige verkrijger van software staat precies op het kruispunt van het auteursrecht en het algemene vermogensrecht. In art. 45j Aw, implementatie van art. 5 Swrl, staat een regel die is gericht tot de ‘rechtmatige verkrijger van een exemplaar’ van de software en waarvan deze kan profiteren bij het mogen gebruiken van de software. Dat dit ‘mogen gebruiken’ niet als vanzelfsprekend aan de verkrijger is toegestaan blijkt uit art. 4, lid 1 sub a Swrl (vergelijk: art. 45i Aw), waarin handelingen die noodzakelijk zijn om van de software gebruik te kunnen maken onder het exclusieve reproductierecht zijn komen te vallen. Verder blijkt uit de regeling dat er een uitputtingsregel bestaat en dat deze intreedt als een kopie van de software wordt verkocht (art. 4 lid 2 Swrl). Van oudsher wordt de uitputting gekoppeld aan de eigendomsverkrijging door de eerste gebruiker (vergelijk art. 12b Aw). De vraag die in deze beschouwing centraal staat is: ‘Wie is de rechtmatige verkrijger en wat kan het genoemde exemplaar en de eigendomsverkrijging voor hem in vermogensrechtelijke zin betekenen?’

Het antwoord zal ontnuchterend blijken: meer dan een minimumrol kan het exemplaar, de eigendom en de eigendomsverkrijging voor de softwareverkrijger niet meer spelen. In dit betoog bouw ik dit antwoord als volgt op. Ik zal eerst het onderscheid tussen werkexemplaar en werk (een schilderij) uitwerken (paragraaf 2.2), alsmede de positie van de verkrijger van de eigenaar daarvan (paragraaf 2.3). Deze analyse leidt tot een aantal schijnbare vanzelfsprekendheden in de verhouding tussen de auteur en de verkrijger die juist bij software ter

¹ Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L* 111/16, 5.5.2009. Deze richtlijn bevat voor dit onderwerp enkel redactionele wijzigingen ten opzichte van de bekende richtlijn uit 1991 (Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, 91/250/EEG, *Pb. L* 122/42).

discussie staan. Tevens wordt hier de beeldspraak ontwikkeld over de schutting tussen het auteursrechtelijke ‘werk’-terrein en het goederenrechtelijke ‘exemplaar’-terrein. Aan de hand van een analyse van de Softwarerichtlijn wordt de rol van het exemplaar bij software onderzocht en vergeleken met de traditionele situatie (paragraaf 2.4). Daarna volgt een analyse over hoe de uitzondering ten behoeve van de gebruiker kan worden opgevat. Daarbij worden de opvattingen waarbinnen de rol van het exemplaar, de eigendom of de eigendomsverkrijging onterecht worden uitvergroot, verworpen. In dat licht worden de vragen die de softwareregeling voor de positie van de verkrijger oproepen, beantwoord (paragraaf 2.5). Uiteindelijk leidt dit tot een agenda van vervolgvragen over de schijnbare vanzelfsprekendheden die in paragraaf 2.3 naar voren zijn gebracht. De beantwoording van deze vragen zelf gebeurt in de hierop volgende analyses die apart zijn verschenen. Het resultaat van deze beschouwing is dat deze beantwoording in de juiste sleutel wordt gezet als men de schutting die men traditioneel tussen het auteursrecht en het goederenrecht plaatst, neerhaalt (paragraaf 2.6). In het slot worden de belangrijkste conclusies van deze beschouwing op een rij gezet.

2.2 *Werkexemplaar tegenover werk*

Als het gaat over de positie van de verkrijger van stoffelijke voorwerpen, waarin een werk is belichaamd, wordt een onderscheid gemaakt tussen het goederenrecht en het auteursrecht. Binnen het algemene goederenrecht staat de positie van de *auteur van een werk* zelden ter discussie, zomin als binnen het auteursrecht vaak in extenso wordt ingegaan op de positie van de *eigenaar van een exemplaar*. De volgende citaten uit zowel goederenrechtelijke als auteursrechtelijke handboeken dienen ter illustratie. Uit door mij aangebrachte cursiveringen moge blijken hoe vanzelfsprekend de scheiding tussen de ‘goederenrechtelijke sfeer’ en de ‘auteursrechtelijke sfeer’ wordt ervaren.

‘Voortbrengselen van de menselijke geest zoals uitvindingen, composities en computerprogramma’s zijn naar heersende opvatting geen zaken. Aangezien het ook geen vermogensrechten zijn, vallen deze voortbrengselen buiten de actieradius van de goederen. De materiële ‘dragers’ van die voortbrengselen zoals prototypen, geluidsbanden en diskettes zijn *natuurlijk* wel zaken en dus ook vatbaar voor goederenrechtelijke rechten die als zodanig bescherming krijgen.’²

‘Op een uitvinding, model of verhaal kan men wel absolute rechten verkrijgen, maar zaken zijn zij niet. Wel zijn *uiteraard* zaken de gebruiksvoorwerpen, kledingstukken en boeken waarin zij worden omgezet en vervolgens op de markt worden gebracht.’³

² H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 28.

³ W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlandse burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 5.

‘Het auteursrecht op het werk staat *geheel los* van het eigendomsrecht op een exemplaar. Beide rechten worden onafhankelijk van elkaar overgedragen; door een schilderij te kopen verliest de auteur zijn auteursrecht op het schilderwerk niet. En de koper van een CD ontleent aan zijn eigendomsrecht op het schijfje niet het recht om het daarop vastgelegde muziekwerk in het openbaar ten gehore te brengen.’⁴

‘Het zal duidelijk zijn dat het auteursrecht op het werk en de eigendom van de stoffelijke drager (of dat nu *een* boek of *het* schilderij is) *onderling onafhankelijke, en wél te onderscheiden* rechten zijn.’⁵

Deze citaten maken duidelijk dat het goederenrecht niet verward moet worden met het intellectueel eigendomsrecht. De eerste twee citaten staan in de context van de vraag welke *objecten* als zaak in de zin van art. 3:2 BW kunnen worden aangemerkt en welke niet. Geestesproducten als uitvindingen en werken worden als onstoffelijk aangemerkt; de dragers ervan als stoffelijk. Uit de kwalificatie ‘zaak’ voor de dragers van de immateriële objecten volgt dat de regels voor eigendom en overdracht voor deze zaken ‘gewoon’ van toepassing zijn. In de laatste twee citaten worden niet de objecten van het auteursrecht en het goederenrecht gescheiden, maar de rechten daarop. Hier wordt het onderscheid tussen het onstoffelijke werk en de stoffelijke drager ervan als gegeven aangenomen en wordt de nadruk gelegd op de te onderscheiden en van elkaar af te bakenen rechten (auteursrecht respectievelijk eigendom) die men op de objecten heeft.

2.3 De positie van de eigenaar van een werkexemplaar

2.3.1 Een schilderij als voorbeeld

Het onderscheid tussen de goederenrechtelijke sfeer en de auteursrechtelijke sfeer zal nader worden uitgewerkt aan de hand van een voorbeeld. Wanneer een kunstenaar een schilderij voltooit, dan vallen twee rechtsmomenten samen. In de eerste plaats wordt de kunstenaar maker van het werk en heeft hij zonder dat hij aan verdere vormvereisten moet voldoen, het auteursrecht (art. 5 lid 2 Berner Conventie).⁶ In de tweede plaats wordt hij, ingevolge de regel van art. 5:16 BW lid 1 of 2, eigenaar van het exemplaar door zaaksvorming.⁷ De kunstenaar creëert, vermogensrechtelijk gesproken, dus twee rechtsobjecten tegelijkertijd.

⁴ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61.

⁵ N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters Noordhoff 2007, p. 54. De cursiveringen van ‘een’ en ‘het’ tussen de haakjes zijn van Van Lingen.

⁶ Zie nader: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 3.

⁷ Hier is niets nieuws onder de zon. Vergelijk de eigendomstoewijzing die is vastgelegd in de Instituten van Justinianus (*Inst.* 2.1.34).

Deze twee rechtsobjecten gaan in het normale geval hun eigen vermogensrechtelijke weg.

De schilder kan het exemplaar verkopen ex art. 7:1 BW en leveren ex art. 3:90 BW. De verkrijger van het exemplaar wordt dan op zijn beurt eigenaar van het exemplaar. Uit het hierboven weergegeven citaten blijkt dat de overdracht van de eigendom niet ook de overdracht van auteursrechtelijke bevoegdheden impliceert. Het aan de schilder toekomende auteursrecht is een ander recht op een ander (namelijk immaterieel) object dan het exemplaar. Maar als eigenaar heeft hij het ‘meest omvattende recht’ van art. 5:1 BW.

Het auteursrecht op het immateriële schilderij (als werk) is als goed in de zin van art. 3:1 BW vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht (art. 2 lid 1 Aw).⁸ De kunstenaar kan dus ook het auteursrecht verkopen als vermogensrecht (art. 7:47 BW) en leveren (ex art. 2 lid 2 Aw via een akte). De verkrijger van het auteursrecht komt nooit helemaal in de plaats van de oorspronkelijke maker: de morele rechten van de maker blijven ook na de overdracht van het auteursrecht bij de oorspronkelijke maker. Men denke bijvoorbeeld aan het recht van de schilder om zich te verzetten tegen verminking van zijn werk (zie art. 25 Aw in extenso).⁹

De koper van het schilderij heeft gezien zijn eigendomsrecht een eigen sfeer van bevoegdheden. Bij de bepaling van de omvang van die bevoegdheden is het zaak te onderzoeken hoe ver het auteursrecht strekt, als een ‘recht van anderen’ in de zin van art. 5:1 lid 2 BW. De vraag welke bevoegdheden de eigenaar zelfstandig, zonder toestemming van de auteur mag uitoefenen valt alleen negatief te bepalen: de eigenaar mag enkel dat zelfstandig met het exemplaar verrichten wat niet onder het exclusieve subjectieve auteursrecht valt.¹⁰ Het gaat hier om de grensafbakening van het auteursrecht en de eigendom, en deze valt grofweg onder twee steekwoorden te vatten: uitputting en eigen gebruik. Gegeven deze afbakening is het vervolgens eenvoudig de verkrijger van een exemplaar aan te duiden als een juridische actor met een zelfstandige juridische positie.

2.3.2 Uitputting

De auteursrechtelijke uitputting is in Nederland in de jurisprudentie ontwikkeld en heeft in de Auteurswet tegenwoordig zijn plaats gekregen in art. 12b Aw dat het volgende bepaalt:

⁸ Indien overigens het wetsontwerp inzake het auteurscontractenrecht wordt ingevoerd, dan zal de overdraagbaarheid van het auteursrecht voor natuurlijke makers worden uitgesloten (art. 2 Aw in het wetsontwerp Auteurscontractenrecht). Dit lijkt mij een ongewenste betutteling van de maker en een miskennis van zijn autonomie als vermogensrechtelijk subject. Zie het wetsontwerp op www.internetconsultatie.nl/auteurscontractenrecht, geraadpleegd op 14 maart 2013. Voor software zou de overdraagbaarheid overigens zonder meer gehandhaafd blijven. Terecht.

⁹ Zie hierover nader: Spoor, Verkade en Visser, a.w. 2005, noot 4, p. 351 en verder.

¹⁰ Dit punt wordt uitgewerkt in hoofdstuk 7 en 8.

‘Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.’

Voor het doel van deze beschouwing hoeven niet alle finesses van de uitputting op een rij te worden gezet. Twee opmerkingen acht ik van belang voor de loop van dit betoog.

In de eerste plaats moet worden bedacht dat de uitputting niet een regel is met het doel het auteursrecht af te bakenen van het eigendomsrecht.¹¹ De uitputting is het resultaat van een afbakening van het auteursrecht op grond van mededingingsregulering.¹² De bevoegdheid van de rechthebbende over zijn werk strekt niet zover dat als een exemplaar met zijn toestemming in het verkeer is gebracht, de verdere verspreiding – als een verder openbaar maken – onder zijn controle zou komen. Dat zou al te zeer in strijd zijn met het vrije goederenverkeer¹³ terwijl ook de te beschermen informatievrijheid wordt genoemd.¹⁴

Dat de uitputting niet om de eigendom bestaat, wordt geïllustreerd door het feit dat sinds de implementatie van de Europese verhuur- en leenrichtlijn de huurmarkt voor exemplaren aan de auteur is toegewezen.¹⁵ Zonder toestemming van de schilder is het in ons voorbeeld voor de koper/eigenaar van het schilderij niet toegestaan om zijn eigen exemplaar te verhuren (art. 12 lid 1 sub 3 Aw). Daarmee heeft de auteur zijn vinger in de pap gekregen van de huurmarkt. Hoewel dit uiteraard een forse inperking betekent van de bevoegdheden van eigenaars is dit kennelijk niet in strijd met de ratio van de uitputting.¹⁶ De eigenaars-

¹¹ J.H. Spoor, ‘Zijn de kalenders rechtmatig in het koninkrijk gewijzigd? Uitputting van intellectuele eigendomsrechten’, *BIE* 1985 nr. 6-7, p. 245-246.

¹² Zie: A.A. Quaadvlieg, ‘Intellectuele eigendom als Europees quasi-privaatrecht’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht. Bijzonder deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 537-539.

¹³ Spoor 1985, a.w. noot 11, p. 246.

¹⁴ Zie: D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, p. 104-105; F.W. Grosheide, ‘Uitputting van intellectuele eigendomsrechten’, in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki, *Molengrafica. Europees Privaatrecht 1997. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 270-275; P.B. Hugenholtz, ‘Adapting copyright to the information superhighway’, in: P.B. Hugenholtz & E.J. Dommering (red.), *The future of copyright in a digital environment*, Den Haag: Kluwer law international 1996, p. 95-98.

¹⁵ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom, Pb. EG L 346/61, 27 november 1992, ingevoerd bij wet van 21 december 1995, Stb. 653.

¹⁶ Vergelijk: Spoor, Verkade en Visser 2005, p. 184. Zie voor andere voorbeelden waaruit blijkt dat er concurrentieoverwegingen aan de uitputting ten grondslag liggen: Quaadvlieg 2007, a.w. noot 12, p. 538-539. Op het voorbeeld betreffende software wordt hieronder nader ingegaan.

bevoegdheid is derhalve een gevolg van het door de uitputting begrensde auteursrecht en niet de reden van de begrenzing van het auteursrecht.

In de tweede plaats bestaat er van oudsher wel degelijk een band tussen de eigendom en uitputting nu een van de vereisten voor uitputting van het exemplaar blijkt art. 12b Aw is dat deze in eigendom is overgedragen.¹⁷ Bijgevolg kan enkel iemand die zich de kwaliteit van eigenaar heeft aangemeten profiteren van de uitputting. Op deze manier is het mogelijk om zonder verdere auteursrechtelijke licenties bijvoorbeeld een galerie, een boekhandel of een cd-winkel te starten via in- en verkoop (via distributie- en importketens) van rechtmatig in het verkeer gebrachte werkexemplaren. De eigenaar wordt daarbij soms nog geholpen: de wettelijke beperking van art. 23 Aw verschaft de eigenaar van een exemplaar van bepaalde werksoorten het recht een afbeelding ervan te plaatsen in een verkoopcatalogus.

2.3.3 Eigen gebruik

Met de uitputting is zeker gesteld dat de eigenaar over zijn exemplaar mag beschikken. Maar hoe mag de eigenaar van zijn exemplaar gebruik maken? Net als bij de uitputting en het recht van de verkrijger om te beschikken geldt niet een positieve invulling van een gebruiksrecht van de eigenaar. Uit art. 5:1 BW vloeit voort dat de eigenaar een abstract recht heeft, en niet een bundel van nauw omschreven bevoegdheden.¹⁸ Een eigenaar is volkomen vrij te doen wat hij wil met zijn zaak, tenzij één van de uitzonderingsgronden van art. 5:1 lid 2 BW zich voordoet. Het auteursrecht is een ‘recht van anderen’ in de zin van dat artikel.¹⁹

Als men toch een ‘positieve’ naam wil geven aan het gebruiksrecht van de eigenaar, dan zou ik de term ‘eigen gebruik’ hanteren. Het auteursrecht is erop afgestemd ruimte te laten voor het gebruik dat er niet toe leidt dat het werk wordt openbaar gemaakt of verveelvoudigd (zoals wanneer het schilderij wordt tentoongesteld of gereproduceerd op posters). Het auteursrecht weerhoudt de eigenaar niet het schilderij thuis op te hangen en ervan te genieten, het boek in zichzelf te lezen, et cetera. Voor deze vermogensrechtelijke analyse is het minder van belang of deze grens aan het auteursrecht samenhangt met de beginselen van privacy en/of informatievrijheid.²⁰ Hier telt het resultaat: doordat het au-

¹⁷ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 185. Vergelijk de standaardjurisprudentie betreffende uitputting in het Nederlandse auteursrecht: HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95 (Leesportefeuille) en HR 20 november 1987, NJ 1988, 280 (Stemra/FRS).

¹⁸ Vergelijk: Asser/Mijnssen, Van Velten en Bartels, 5* *Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 29.

¹⁹ IE-rechten worden vanuit het goederenrecht niet vaak als zodanig geïdentificeerd. Zie wel: J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2003, p. 174-175.

²⁰ Zie over een analyse van het auteursrecht in het licht van het privacy-beginsel bijvoorbeeld: Chr. A. Alberdingk Thijm, *Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.

teursrecht ergens ophoudt, is er gebruiksruimte voor de eigenaar van het exemplaar. Oneerbiedig gezegd: voor de eigenaar blijft dat vlees aan het bot dat er niet al door de auteur is afgekloven.

De term eigen gebruik is ontleend aan art. 16b Aw, het bekende artikel waarin de wettelijke gebruiksexceptie is opgenomen. Voor eigen oefening, studie of gebruik is het de verkrijger van het schilderij toegestaan enkele exemplaren van het origineel na te schilderen, ook al zouden deze naschilderingen auteursrechtelijk als verveelvoudiging kunnen worden gezien. Het ‘eigen gebruik’ wordt hierdoor verder gestimuleerd, en het lijkt duidelijk dat de wetgever dit eigen gebruik ziet als wat bij de rechthebbende op het exemplaar behoort en door de wettelijke exceptie nader mogelijk moet worden gemaakt. Maar het zij nogmaals gezegd: het gaat hier nog steeds om een demarcatie van het auteursrecht en niet om een positieve invulling van het eigendomsrecht.

2.3.4 Vermogensrechtelijke onafhankelijkheid

Het schema schilderij als werk en schilderij als exemplaar laat, los van eventuele afbakeningsproblemen tussen auteursrecht en eigendom, vermogensrechtelijk weinig onhelderheid. Dat deze rechten ‘geheel los’ van elkaar staan dan wel ‘onderling onafhankelijk’ zijn betekent dat de verkrijger van de eigendom van het exemplaar niet in enige vermogensrechtelijke betrekking staat met de auteur, noch absoluutrechtelijk (vergelijk: erfverpachter-erfpachter), noch verbintenissenrechtelijk (vergelijk: licentiegever-licentienemer). In het objectieve recht wordt de verhouding tussen het auteursrecht en het eigendomsrecht bepaald door de auteurswet jo. art. 5:1 lid 2 BW.

Met een beeld kan men het onderscheid werk-exemplaar aanduiden als twee terreinen waartussen een schutting staat. Het werk-terrein is het domein van het auteursrecht, waar de maker heer en meester is. Maar zodra het stoffelijke exemplaar door of met toestemming van de maker in het (eigendoms)verkeer wordt gebracht, dan wordt het schilderij als het ware over de schutting heen gegooid naar het exemplaar-terrein, waar de eigenaar heer en meester is (anders gezegd: dan treedt uitputting in). Waar de schutting precies staat of behoort te staan, daarover kan flink worden gediscussieerd, maar dat hij er staat is duidelijk. Verder is het een hoge schutting en hebben de burens weinig contact. Wat met het exemplaar gebeurt nadat het over de schutting is gegooid zal de maker een biet wezen, behalve als de exemplaargerechtigde zonder toestemming op zijn werk-terrein probeert te komen. Voor de eigenaar-verkrijger geldt hetzelfde: dat het exemplaar een auteursrechtelijke herkomst heeft en een werk vertegenwoordigt interesseert hem alleen in zoverre dat bij de uitoefening van alle denkbare eigendomsbevoegdheden hij soms tegen een schutting stuit waarachter zich het werk-terrein bevindt.

Dit levert een aantal vermogensrechtelijke vanzelfsprekendheden op die juist bij software ter discussie zijn komen te staan, maar die we hier nog eenvoudig op een rij kunnen zetten:

- Het staat de eigenaar van het exemplaar vrij zijn eigendom verder over te dragen. Overdrachtsbeperkingen werken hoogstens verbintenisrechtelijk.
- Voor zover de eigenaar van het exemplaar geldig contractuele gebruiksbeperkingen krijgt opgelegd, zijn ook dat slechts verbintenisrechtelijk werkende bepalingen die niets aan zijn eigendomsrecht afdoen.
- De distributie van exemplaren geschiedt via in- en verkoop (art. 7:1 BW); aan het eind van de keten wordt de eindgebruiker eigenaar van het exemplaar. Tussenliggende ‘resellers’ hoeven geen licenties te verschaffen.
- Indien de maker van het schilderij zijn auteursrecht overdraagt aan een derde of failliet gaat, heeft dat niets met de positie van de eigenaar van het exemplaar te maken.
- Voor zover uitputting intreedt, herneemt de eigendom zijn ‘gemene’ rol als centrum van het vermogensrecht.

2.4 De softwarerichtlijn

Welke rol heeft de Europese richtlijngever voor de eigenaar, het exemplaar van de software en de verkrijging van de eigendom daarvan in gedachten gehad? Voor deze analyse zijn drie elementen uit de richtlijn van belang, welke vanaf de vroegste richtlijnvoorstellen deel hebben uitgemaakt. In de eerste plaats is er de bepaling art. 4 lid 1 onder a Swrl, waarin voor de auteur een sterk reproductie- of verveelvoudigingsrecht is gegeven. Ten tweede geeft art. 4 lid 1 onder c Swrl het distributierecht van de auteur en dat wordt op zijn beurt in lid 2 van art. 4 Swrl begrensd door de in dezelfde bepaling gegeven uitputtingsregel. De derde voor deze analyse belangrijke bepaling is art. 5 lid 1 Swrl, waarin op art. 4 uitzonderingen worden gemaakt ten behoeve van rechtmatige verkrijgers van software. De eerste twee elementen hebben hun vorm en inhoud gedurende het totstandkomingsproces in essentie gehouden; de gebruikersbepaling is anders geworden dan aanvankelijk was voorgesteld.

Hieronder worden deze drie elementen uit de softwarerichtlijn beschreven en wordt tevens aangegeven op welke punten de regeling voor software afwijkt van de traditionele situatie, waarbij weer het voorbeeld van het schilderij wordt gebruikt. Deze verschillen en de vragen die daaruit worden afgeleid zijn het uitgangspunt van de verdere analyse in de volgende paragrafen.

2.4.1 Het brede reproductierecht

Het reproductierecht van art. 4 lid 1 sub a Swrl heeft zich vanaf het begin uitgestrekt over allerlei handelingen die essentieel zijn voor het kunnen gebruiken van software, te weten het laden, uitvoeren en opslaan van het computerprogramma. Voor deze handelingen heeft eenieder derhalve *in principe* toestemming nodig van de rechthebbende.²¹

Dit is anders bij het exemplaar van het schilderij: daar geldt het eigen gebruik (bekijken, thuis ophangen) niet als een reproductiehandeling en dit is de eigenaar daarom zonder meer toegestaan. Excepties op het auteursrecht zoals het aangestipte art. 16b (het maken van enkele reproducties voor eigen oefening, studie of gebruik) en art. 23 Aw (het tentoonstellen in een verkoopcatalogus) gelden als een bonus: naast de handelingen die de eigenaar in ieder geval mag verrichten is dit reproduceren respectievelijk openbaar maken toegestaan om de eigenaar zijn ruimte zo effectief mogelijk te laten benutten. De uitzondering van art. 5 Swrl/45j Aw is waar de gebruiker van de software het van moet hebben. Dit verklaart ook de uitsluiting van de toepasselijkheid van art. 16b en 16c Aw in art. 45n Aw. Dit leidt tot de volgende vraag, welke niet los kan worden gezien van de volgende punten en de vragen die daar weer uit voortvloeien.

1) Heeft de verkrijger nu niet per definitie op zijn minst een auteursrechtelijk recht nodig om van de software gebruik te mogen maken?

2.4.2 Het distributierecht en de uitputting

Het distributierecht van art. 4 lid 1 sub c Swrl betreft het exclusieve recht van de auteur om exemplaren van software in het verkeer te brengen, door middel van verkoop en verhuur. De uitputtingsregel van art. 4 lid 2 Swrl strekt ertoe, conform de regel zoals deze is opgenomen in art. 12b Aw, dat als een exemplaar door verkoop (en eigendomsoverdracht) rechtmatig in het verkeer is gebracht, dat dan hetzelfde exemplaar mag worden doorverkocht (en overgedragen) aan derden.

²¹ Het commentaar van Czarnota en Hart bij de richtlijn laat wat dat betreft geen onduidelijkheid, zie: B.Czarnota & R.J. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe. A guide to the EC directive*, London: Butterworths 1991, p. 56-57. Zie verder: Bentley in: Th. Dreier & B. Hugenholtz (red.): *Concise European copyright law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006, p. 220-221 en W. Blocher in: M.M. Walter & S. von Lewinski (red.): *European copyright law. A commentary*, Oxford: Oxford university press 2010, p. 129-131. Zie in Nederland: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 602-603 en H. Struik, P.C. van Schelven en W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computer-programmatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 110-117, met verdere verwijzingen. Anders, onterecht: P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk*, Deventer: Kluwer 2004, waarover nader in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.1 en 3.5.

In het handboek Auteursrecht wordt de betekenis van de uitputting van het software-exemplaar op twee manieren gerelativeerd.²²

In de eerste plaats heeft de regel volgens de auteurs vooral betrekking op het distributietraject van het exemplaar en niet op de positie van de uiteindelijke verkrijger, wiens positie door art. 5 Swrl/art. 45j Aw wordt bepaald. Dat laatste is naar mijn mening op zich correct. In het vervolg zal overigens wel blijken dat over de betekenis van art. 5 Swrl /45j Aw mijn opvatting met die van deze auteurs verschilt.²³

De tweede relativering behelst de constatering dat software lang niet altijd via de eigendomsoverdracht van een drager in het verkeer wordt gebracht. Tegenwoordig wordt software steeds vaker online aan de man gebracht. Kennelijk is er volgens hen geen plaats voor uitputting bij downloaden,²⁴ hoewel er goede redenen zijn om te betogen dat een uitputtingsregel ook zou behoren te werken als software bij wege van verkoop door een download wordt verspreid.²⁵ Deze laatste opvatting is recentelijk door het Hof van Justitie aanvaard in de uitspraak *Usedsoft/Oracle*, die ik uitgebreid zal behandelen in de conclusie. Dit betekent dat onder omstandigheden de uitputtingsregel voor software ook geldt als software via een download is verspreid.²⁶ Ook los daarvan is de toepasselijkheid van de uitputting overigens niet louter theoretisch. Vooral in de markt voor massaal op de markt gebrachte standaardsoftware wordt nog steeds met de distributie van pakketten gewerkt. Verder is het ook goed mogelijk dat de programmatuur in het kader van een (consumenten)koop van een pc, een uitgebreide automatiseringsovereenkomst of een bedrijfsovername geïnstalleerd en al op hardware wordt aangeleverd.²⁷

Nu ontstaat onzekerheid als we de uitputtingsregel confronteren met het verstrekende reproductierecht, dat traditioneel niet onder de uitputting valt.²⁸ Dan zou het zo kunnen zijn dat wat de opvolgende verkrijger van een exemplaar met de ene hand wordt gegeven (u bent wegens de uitputting rechtmatig eigenaar geworden van het exemplaar) met de andere hand wordt ontnomen (maar het gebruik is gezien het niet uitgeputte reproductierecht zonder toestemming verboden). Dit leidt tot de volgende vraag:

²² Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 602-603.

²³ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 602. Vergelijkbaar: Quaadvlieg 2007, a.w. noot 12, p. 538-539. Vergelijk hierna paragraaf 2.5.3.2.

²⁴ Dit is ook heel duidelijk het uitgangspunt in: Struik, Van Schelven & Hoorneman 2010, p. 144.

²⁵ Voor de toepasselijkheid van de uitputtingsregel bij downloaden: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Exhaustion and online delivery of digital works', *EIPR* 2003-5, p. 207-211. Zie ook, zij het naar wenselijk en niet naar geldend recht: E.D.C. Neppelenbroek, 'Software en de uitputtingsregel', *AMI* 2001-6, p. 128. Zie voorts de subtiële analyse van Blocher in: Walter & Von Lewinski 2010, a.w. noot 21, p. 136-138.

²⁶ HvJ 3 juli 2012, C-128/11.

²⁷ Vergelijk de casus in: Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863 (IE/IV), r.o. 4.14-4.15.

²⁸ Zie uitgebreid over de positie van de gebruiker in dit verband: Blocher in: Walter & Von Lewinski 2010, p. 145-146 en Quaadvlieg 2007, a.w. noot 12, p. 539.

2) Wat betekent het exemplaar voor een (opvolgende) verkrijger na uitputting?

2.4.3 De uitzondering voor de rechtmatige verkrijger

De gebruikersbepaling van art. 5 lid 1 Swrl is in de loop van de totstandkoming van de richtlijn gewijzigd. Aanvankelijk maakte de commissie een driedelig onderscheid naar rechtmatige verkrijgers, namelijk zij die de software door koop, zij die met een schriftelijke licentieovereenkomst verkrijgen en zij aan wie de software noch door verkoop, noch via een schriftelijk licentiecontract ter beschikking is gesteld.²⁹

In het definitieve art. 5 lid 1 Swrl is van dit driedelige onderscheid niets meer te zien. Uiteindelijk is de bepaling er zo uit gaan zien:

‘Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, is voor de in artikel 4, onder a) en b), genoemde handelingen geen toestemming van de rechthebbende vereist wanneer deze handelingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren.’

In de preambule wordt over de uitzondering gezegd:

‘Overwegende dat op de exclusieve rechten van de auteur om de ongeoorloofde reproductie van zijn werk te verhinderen een beperkte uitzondering moet worden gemaakt in het geval van een computerprogramma, ten einde de reproductie toe te laten die technisch noodzakelijk is voor het gebruik van dat programma door de rechtmatige verkrijger; dat dit betekent dat het laden of in beeld brengen, dat noodzakelijk is voor het gebruik van een rechtmatig verkregen kopie van een programma, alsmede het corrigeren van fouten, niet bij overeenkomst mag worden verboden; dat, bij gebreke van uitdrukkelijke contractuele bepalingen, ook wanneer een kopie van het programma verkocht is, elke andere handeling die nodig is voor het gebruik van de kopie van een programma, door een rechtmatig verkrijger van die kopie kan worden verricht overeenkomstig het ermee beoogde doel.’

Noch de richtlijnbeepaling, noch de overweging in de preambule geeft aanleiding om te denken dat de status van rechtmatige verkrijger te maken moet hebben met het door overdracht in eigendom verkrijgen van een exemplaar van de software. Een belangrijke opmerking wordt hierover gemaakt in het richtlijncommentaar van Czarnota en Hart:

²⁹ Zie art. 5.1 richtlijnvoorstel (Richtlijnvoorstel van de Commissie van 12 april 1989, *Pb EG* 1989, C 91/14) en gewijzigd richtlijnvoorstel art. 5.1 (koop) en 5.2 (licentie) (Gewijzigd richtlijnvoorstel van de Commissie van 20 december 1990, *Pb EG* 1990, C 320/27). Zie hierover ook: T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur’, *CR* 2001-2, p. 60.

‘The word acquiror is therefore not limited to one who has title to the physical support on which the program is fixed, but it is intended to cover anyone who is legitimately in possession of a copy of a program with a right to use that program.’³⁰

Het is wel zo dat de verkrijger een kopie ter beschikking moet hebben gekregen (bijvoorbeeld via een download), die hij zelfstandig heeft mogen installeren en die hij tijdelijk of blijvend mag gebruiken. Het kopen van een exemplaar is een voorbeeld van hoe men in die positie kan komen. Hoe breed de categorie ‘rechtmatige verkrijger’ is of kan zijn blijkt uit wat de Europese Commissie over het begrip rechtmatige verkrijger zegt in haar evaluatie van de softwarerichtlijn.

‘De Commissie deelt de mening van sommige commentators dat “rechtmatige verkrijger” in feite staat voor een koper, licentiehouders, huurder of een persoon die toestemming heeft om namens een van de bovengenoemde het programma te gebruiken.’

Uit deze omschrijving (die misschien wel erg ruim is)³¹ vloeit voort dat het gaat om het hebben van toestemming om een kopie te mogen gebruiken en niet zozeer om het in eigendom hebben of krijgen van een exemplaar.³² Ook opvolgende gebruikers van doorverkochte software kunnen als rechtmatige verkrijgers worden aangemerkt.³³

Software wordt tegenwoordig meer en meer ‘as a service’ aangeboden, dat wil zeggen: de gebruiker krijgt online toegang tot een server zonder dat hij de beschikking krijgt over een zelfstandig te installeren kopie. Deze gebruiker kan, hoewel hij een geldig contractueel toegangs- en gebruiksrecht heeft, niet worden aangemerkt als een rechtmatige softwareverkrijger in de zin van art. 5 Swrl/45j Aw, omdat hij niet zelf een kopie heeft verkregen.³⁴

³⁰ Czarnota en Hart 1991, a.w. noot 21, p. 64. Instemmend: M. Lehmann, ‘Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen’, in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 16. Zie verder: Bently in: Dreier & Hugenholtz 2006, a.w. noot 21, p. 227; Blocher in: Walter en Von Lewinski 2010, a.w. noot 21, p. 146-147. In Nederland: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 597.

³¹ Zie de terechte kritiek van Struik, voor zover hij betoogt dat het wel erg ver gaat om derden die namens een rechtmatige verkrijger gebruik maken van de software op hun beurt ook als rechtmatige verkrijger aan te duiden. Zie H. Struik, ‘De Softwarerichtlijn geëvalueerd,’ *AMI* 2001, p. 83.

³² Ik verzet me dan ook tegen de gedachte dat de uitzondering van art. 45j Aw ‘vast zit’ aan een eigendomsverkrijging, zoals Van Schelven, Struik en Hoorneman het uitdrukken. Zie Van Schelven, Struik & Hoorneman 2010, a.w. noot 24, p. 159-160.

³³ HvJ 3 juli 2012, C-128/11, r.o. 81, 85 (Usedsoft/Oracle).

³⁴ Anders (in het kader van art. 45m Aw): Rb. Leeuwarden, 25 mei 2005, *LJN*: AT6118 (www.rechtspraak.nl).

2.4.4 Het contractuele gebruiksdoel en het exemplaar

De richtlijngever heeft met het systeem van beoogd gebruik een contractspraktijk willen bestendigen: de auteur kan contractueel bepalen hoe het gebruiksdoel van de verkrijger er uit komt te zien. In gezaghebbende commentaren op de richtlijn wordt dit bevestigd.³⁵ Het is in de eerste plaats de licentieovereenkomst waarin het beoogde doel wordt geregeld.³⁶ De minimumomvang van de gebruikslicentie is dwingendrechtelijk in art. 5 Swrl/art 45j Aw bepaald. Als de auteur/leverancier van software het gebruiksrecht van de verkrijger bij licentie bepaalt dan mogen enige minimumrechten niet aan de verkrijger worden ontzegd. Dwingendrechtelijk mag onder meer het laden, uitvoeren, in beeld brengen en het verbeteren van fouten niet contractueel worden verboden.³⁷ Wel mogen contractueel nadere voorwaarden aan deze gebruikshandelingen worden gesteld.³⁸ Op deze wijze kunnen partijen bijvoorbeeld precies invullen op welke locatie, of op hoeveel computers of door hoeveel personen de software gebruikt mag worden.³⁹

In vergelijking met het voorbeeld van het schilderij is dat een structurele verandering. Het is ondenkbaar dat bij contract het gebruiksrecht van de eigendom wordt bepaald.⁴⁰ Hier is het enkel mogelijk om – volledig onafhankelijk van de eigendomsoverdracht van het exemplaar en de positie van de schilder als maker van het werk – obligatoir werkende afspraken te maken over het mogen gebruiken van een exemplaar van een schilderij.

We zagen hierboven dat bij het verkrijgen van de eigendom van een rechtmatig software-exemplaar de uitputting in werking treedt. Maar dan wordt het een probleem hoe een dergelijke (min of meer bewust bedoelde) eigendoms-

³⁵ Zie Czarnota & Hart 1991, a.w. noot 21, p. 65; Lehmann 1993, a.w. noot 30, p. 17 ('vertragsdispositives Recht'); Blocher in: Walter en Von Lewinski 2010, a.w. noot 21, p. 153-154; Van Schelven, Struik & Hoorneman 2010, a.w. noot 24, p. 168-169. Anders, onterecht: Spoor, Verkade & Visser 2005, a.w. noot 4, p. 596-597. Bently ziet de licentieovereenkomst als een van de factoren die de 'intended purpose' kunnen bepalen (Bently in: Dreier & Hugenholtz 2006, a.w. noot 21, p. 226-227).

³⁶ Ook wel 'EULA' genaamd (end user license agreement) of, naar een door Grosheide geïntroduceerde term 'downstream license.' Zie: F.W. Grosheide, 'Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap licenses, in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 272.

³⁷ Ten onrechte is de term 'uitvoeren' niet terug te vinden in art. 45j. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze term uitdrukkelijk bij 'laden' en 'in beeld brengen' moet worden inbegrepen. Zie de behandeling van de Softwarewet in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 1993/94, 22 531, nr. 63b, p. 4. Zie ook Van Schelven & Struik 2010, a.w. noot 24, p. 153-154 noot 3, die vinden dat deze omissie alsnog bij wetswijziging zou moeten worden verholpen.

³⁸ In de memorie van toelichting bij de Softwarewet wordt hiervan gewag gemaakt (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 531, nr. 3, p. 13). Zie ook de memorie van antwoord (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 531, nr. 5, p. 29).

³⁹ Vergelijk onder meer: Czarnota & Hart 1991, a.w. noot 21, p. 65.

⁴⁰ D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, p. 75-76.

verkrijging zich verhoudt tot een uitdrukkelijk gesloten licentie (bijvoorbeeld als onderdeel van een uitgebreid automatiseringscontract). De volgende vraag laat zich stellen.

3) Kan de eigendomsoverdracht in vermogensrechtelijk opzicht voor de verkrijger iets betekenen naast een uitdrukkelijk verleende licentie?

2.4.5 Geen uitdrukkelijke licentie

De richtlijngever heeft de gebruiker een eigen positie willen geven als een uitdrukkelijk contractueel gebruiksdoel ontbreekt. Daarbij hoeft geen sprake te zijn van de overdracht van een exemplaar, maar het kan wel. In dat laatste geval hebben we niet veel meer aanwijzing over de positie van de verkrijger dan een uitspraak van de Commissie bij het oorspronkelijke voorstel:

‘Bij een “verkoop” in de normale betekenis van het woord moeten bepaalde rechten om het programma te gebruiken worden geacht te zamen met het materiële exemplaar van het programma aan de koper te worden overgedragen.’⁴¹

Over de betekenis van deze uitspraak kan worden gediscussieerd aan de hand van de volgende vraag.

4) Wat betekent de eigendomsoverdracht als er geen nadere contractuele voorwaarden van toepassing zijn?

2.5 Naar de juiste uitleg van art. 45j Aw

2.5.1 Het exceptieve van de gebruikersbepaling

Tot hier is beschreven welk ‘basismateriaal’ beschikbaar is over de Europees-rechtelijke achtergrond van de softwarebetrekking tussen de auteur en de rechtmatige verkrijger van een kopie van een softwareproduct. Dit heeft geleid tot een aantal nog opengehouden vragen die alle te maken hebben met de vraag hoe de gebruikersrechten van art. 5 Swrl, geïmplementeerd in art. 45j e.v. Aw, zich verhoudt tot de hoofdregel dat elk gebruik een verveelvoudiging met zich brengt. Hieronder wordt uiteengezet op welke manieren art. 45j Aw kan worden uitgelegd. Art. 45j Aw luidt als volgt:

‘Tenzij anders is overeengekomen, wordt niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12, beschouwd de ver-

⁴¹ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, paragraaf 3.5 (*Pb EG* 1989, C 91/7).

veelvoudiging, vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk, die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. De verveelvoudiging, als bedoeld in de eerste zin, die geschiedt in het kader van het laden, in beeld brengen of het verbeteren van fouten, kan niet bij overeenkomst worden verboden.’

Artikel 45j Aw is ten opzichte van art. 45i Aw een uitzondering. Zowel in de Europese richtlijn als in de Nederlandse implementatiewetgeving bestaat daar geen onduidelijkheid over. Maar als zodanig is de uitspraak niet duidelijk, want er kunnen verschillende dingen mee worden bedoeld.

De eerste betekenis die aan de uitzondering kan worden gehecht vloeit voort uit een heel letterlijke lezing van art. 45j Aw. Daar staat dat de uitzondering geldt voor de rechtmatige verkrijger van een exemplaar. Daaruit zou men kunnen afleiden dat er een bijzondere betekenis toekomt aan het eigendomsrecht op het exemplaar dat met toestemming van de auteur in het verkeer is gebracht. Deze mogelijkheid wordt besproken in paragraaf 2.5.2.

In de tweede plaats kan de uitzondering worden opgevat als een negatieve afbakening (paragraaf 2.5.3). De wetgever kan hebben gezegd: het auteursrecht gaat ingevolge art. 45i Aw over allerlei reproductieve handelingen, zoals het laden en uitvoeren van de software, maar deze handelingen vallen niet onder het reproductierecht als er een rechtmatige verkrijger is die van de software gebruik maakt binnen het ‘beoogde doel’ van de software. Die rechtmatige verkrijger hoeft niet per se een eigendomsverkrijger te zijn. Voor deze opvatting spreekt dat de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een formulering in art. 45j Aw die wetstechnisch aansluit bij andere excepties als negatieve afbakeningen. Niet als een verveelvoudigingshandeling worden de handelingen van art. 45i Aw beschouwd die uitgevoerd worden door de rechtmatige verkrijger binnen het beoogde doel, zo kan men art. 45j Aw zonder veel moeite herfraseren.

In de derde plaats kan de uitzondering van art. 45j Aw een positieve invulling zijn van het recht van de rechtmatige verkrijger (paragraaf 2.5.4). De situatie is dan als volgt. Alle gebruikshandelingen vallen onder het reproductierecht van art. 45i Aw en voor elk denkbaar gebruik moet dus in beginsel toestemming worden gegeven. Alleen in bepaalde omstandigheden wordt in de wet bepaald dat de verkrijger een recht verkrijgt zonder dat de auteursrechthebbende/leverancier daar iets aan kan doen. De adressant van dat recht is de rechtmatige verkrijger. Als we art. 45j Aw in die richting buigen, zou het kunnen luiden: Bij een rechtmatige verkrijging van software komt aan de verkrijger een recht toe met op z’n minst deze en deze invulling. Voor deze lezing van art. 45j Aw spreekt dat de beperking geldt ‘tenzij anders overeengekomen,’ terwijl in art. 45j en verder een aantal handelingen staan genoemd die de verkrijger dwingend-rechtelijk zijn toegestaan (zoals het verbeteren van fouten en het maken van een reservekopie).

Een mogelijkheid binnen die derde interpretatie is dat de positieve invulling *de aard van het recht* zou betreffen. Het exceptieve van de bepaling

komt dan tot uitdrukking door de toekenning van een auteursrechtelijk absoluut recht. De auteur/leverancier mag het dan wel doen voorkomen dat de verkrijger alleen maar een obligatoir gebruiksrecht (een licentie) verkrijgt, maar de wet steekt daar (althans, bij rechtmatige verkrijging) een stokje voor. Het schijnbaar verbintenisrechtelijk werkende recht wordt van rechtswege beschouwd als een absoluut gebruiksrecht. Daarmee zou de verkrijger vanzelfsprekend in hoge mate in een zelfstandige vermogensrechtelijke positie worden geplaatst tegenover de auteur. Het exceptieve van de positieve invulling (de derde interpretatie) kan ook liggen in de *omvang van de bevoegdheden* van de rechtmatige verkrijger. De auteur/leverancier kan allerlei gebruiksbeperkingen in gedachten hebben die de wetgever te ver vindt gaan en daarom niet wil hebben. De rechtmatige verkrijger heeft dan een auteursrechtelijk recht, inhoudende een bundel van handelingsbevoegdheden waarover de auteur niets heeft te zeggen. Als zowel de aard als de omvang van het recht wordt beheerst door art. 45j Aw, dan heeft de rechtmatige verkrijger een hard basisrecht: zijn recht is absoluut en minimaal van een bepaalde omvang. Als enkel de omvang van het recht wordt beheerst door art. 45j Aw, dan heeft de rechtmatige verkrijger een zacht basisrecht: zijn positie jegens de auteur is obligatoir, maar bepaalde handelingen mogen hem niet worden ontzegd.

2.5.2 Eerste uitleg: de rechtmatige eigendomsverkrijger

Bij de eerste uitleg van art. 45j Aw wordt bijzondere betekenis gehecht aan de eigendomsverkrijging van het exemplaar. Een duidelijk voorbeeld van deze benadering geven Scheltema en Tjong Tjin Tai in hun analyse van de praktijk rond de zogenoemde shrink-wraplicenties, standaardgebruiksvoorwaarden die vaak bij standaardsoftwarepakketten zijn gevoegd.⁴² Voor zover de omvang van het gebruik in deze licenties doeltreffend wordt geregeld, gaan zij ervan uit dat de verkrijger van de software *als licentienemer* van de software gebruik mag maken. Als de shrink-wraplicenties geen doel treffen (omdat deze niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst toepasselijk zijn geworden), dan gaan zij ervan uit dat de verkrijger *als eigenaar* van het verkregen pakket gebruik mag maken van de software. Zij verwijzen bij deze opvatting naar de bedoelingen van de Europese Commissie bij het eerste voorstel voor de Softwarerichtlijn. De ‘bepaalde rechten’ die de koper verkrijgt zien zij dus als het eigendomsrecht op het verkregen exemplaar.⁴³

⁴² M.W. Scheltema en T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?’ *Computerrecht* 2003, p. 244-248.

⁴³ Scheltema en Tjong Tjin Tai 2003, a.w. noot 43, p. 245-246. Zij doelen op de hierboven aangehaalde passage: ‘Bij een “verkoop” in de normale betekenis van het woord moeten bepaalde rechten om het programma te gebruiken worden geacht te zamen met het materiële exemplaar van het programma aan de koper te worden overgedragen.’ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, paragraaf 3.5 (*Pb EG* 1989, C 91/7).

Bij deze benadering wordt aan exemplaar en eigendomsverkrijging een bijzondere betekenis gehecht. De vragen die hierboven zijn geformuleerd moeten – als deze benadering als de juiste moet worden aanvaard – in dat licht worden beantwoord. De eerste vraag – ‘Heeft de verkrijger nu niet per definitie op zijn minst een auteursrechtelijk recht nodig om van de software gebruik te mogen maken?’ – moet dan negatief worden beantwoord: de verkrijger heeft genoeg aan de positie van eigenaar. Voor de opvolgende verkrijger is het verkregen exemplaar het object waarvan hij gezien de uitputting eigenaar (en dus gebruiksbevoegd) wordt. Een eventueel uitdrukkelijk verleende licentie kan daaraan niet afdoen: wat overgedragen wordt is eenvoudigweg de eigendom van het exemplaar en meer heeft de opvolgende verkrijger niet nodig.

Vooreerst zij op een merkwaardigheid gewezen, die vanuit het goederenrecht misschien eerder in het oog valt dan vanuit het IE-recht. De verkrijger koopt de drager en verkrijgt daarvan de eigendom, akkoord. Bij het exemplaar van het schilderij heeft de verkrijger een eigendomsrecht dat negatief wordt beperkt door het auteursrecht. De eigenaar mag het exemplaar gebruiken zoals hij wil, als hij maar de rechten van anderen zoals de auteursrechthebbende respecteert. Maar bij software zou het zo zijn dat het beoogde doel (art. 5 Swr/45j Aw) de reikwijdte van het eigendomsrecht positief invult. De verkrijger krijgt zo een door het auteursrecht ingevuld ‘eigendompje.’ Ik denk dat uit goederenrechtelijk oogpunt zoiets bedoeld is door Visser toen hij verklaarde dat met het auteursrechtelijke gebruiksrecht het eigendomsrecht van de softwareverkrijger in het geding komt.⁴⁴ Als het hierbij zou blijven, dan zou er een vreemde, maar niet geheel onnavolgbare rechtsfiguur bestaan.

Een volgend goederenrechtelijk bezwaar valt echter niet weg te poetsen. Als ik mijn vermogensrechtelijke positie mag afleiden van het exemplaar dat ik heb verkregen, is dat normaliter geen probleem. Mijn exemplaar van het schilderij mag ik gebruiken – en als bonus mag ik het zelfs voor eigen gebruik voor eigen oefening, studie of gebruik naschilderen, op grond van art. 16b Aw. Bij software is het echter niet het exemplaar dat in het pakket zit dat ik gebruik, maar de kopie die ik daarvan maak en installeer op mijn computer(netwerk). Ik was al eigenaar van mijn computer: dat is niet een exemplaar dat ik heb verkregen. Men kan hoogstens zeggen dat de gegevens (opgevat als materiële gegevensbepalende deeltjes) door natrekking (art. 3:4 jo. 5:3 jo 5:14 BW) bestanddeel zijn van de computer als drager.⁴⁵ Het werkexemplaar dat is uitgeput is dus niet het exemplaar dat ik gebruik, het gebruiksexemplaar is niet in het verkeer gebracht. Hoe kan de eigendom van het uitgeputte exemplaar de verkrijger het recht geven om van de kopie op de computer gebruik te mogen maken? Dat zou alleen kunnen als er wordt aangenomen dat op een magische wijze het eigendomsrecht los van het oorspronkelijke object wordt getransponeerd op de kopie.

⁴⁴ Visser 1997, a.w. noot 40, p. 75-76.

⁴⁵ Vergelijk hierbij de goederenrechtelijke analyse over downloaden van gegevens in hoofdstuk 7.

Men kan dit met verwijzing naar De Jong in strijd achten met het beginsel van zaaksidentiteit: een eigendomsrecht is aan het object gebonden.⁴⁶

Zomin als deze constructie vanuit het goederenrecht op poten kan worden gezet, kan zij naar mijn mening in redelijkheid uit de softwarerichtlijn worden afgeleid. Uit de richtlijn blijkt veeleer dat het recht om te gebruiken moet worden gezocht in de auteursrechtelijke sfeer en juist niet afhankelijk is van (het voortbestaan van) een in het verkeer gebracht exemplaar. Met het recht om een reservekopie te maken (art. 45k Aw) kan dat duidelijk worden gemaakt. De Europese wetgever heeft dit niet weg te contracteren gebruikersrecht ingevoerd vanuit de gedachte dat het voortbestaan van de mogelijkheid de software te gebruiken niet afhankelijk zou moeten zijn van de welwillendheid van de auteur.⁴⁷ Het is niet alsof deze reservekopie een in het verkeer gebracht exemplaar dient te zijn. Zo kan het recht van de rechtmatige verkrijger ook blijven bestaan als gebruik gemaakt wordt van een kopie van het geïnstalleerde exemplaar die dient als reservekopie omdat het oorspronkelijk verkregen exemplaar is beschadigd.⁴⁸

Ook de totstandkoming van de softwarerichtlijn hoeft deze opvatting niet te ondersteunen. Bij het oorspronkelijke voorstel zei de commissie (reeds aangehaald):

‘Bij een “verkoop” in de normale betekenis van het woord moeten bepaalde rechten om het programma te gebruiken worden geacht te zamen met het materiële exemplaar van het programma aan de koper te worden overgedragen.’⁴⁹

Deze uitspraak moet aldus worden opgevat dat de commissie niet over de eigendom van het verkregen exemplaar als gebruiksrecht spreekt, maar over de rechten die (impliciet) meegaan bij de koop van een exemplaar (dus naast de eigendom).

Uit het voorgaande is gebleken dat noch het in eigendom hebben van een exemplaar, noch de verkrijging van de eigendom een doorslaggevende betekenis heeft voor de positie van de verkrijger van software: de eerste uitleg dient derhalve te worden verworpen.

2.5.3 Tweede uitleg: negatieve afbakening

De tweede opvatting is die welke wordt verdedigd in het handboek Auteursrecht. De kern van de opvatting van Spoor, Verkade en Visser is dat volgens hen art. 45j Aw het recht van art. 45i Aw negatief afbakent en daarmee voor de

⁴⁶ Th. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss Groningen 2006, p. 111-113.

⁴⁷ Vergelijk: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 599.

⁴⁸ Czarnota en Hart 1991, a.w. noot 21, p. 68: ‘If the original is fragile or irreplaceable, then clearly the use of the original copy could be terminated if it were damaged or destroyed. In these circumstances, a back-up copy ensures that normal use can continue in the event of loss of the original.’ Zie ook Blocher in: Walter en Von Lewinski 2010, a.w. noot 21, p. 156.

⁴⁹ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, paragraaf 3.5 (*Pb EG* 1989, C 91/7).

rechtmatige verkrijger ruimte laat om handelingen te verrichten die anders onder het auteursrecht vallen. Wie rechtmatige verkrijger is, profiteert van deze exceptie en wie dat niet is kan dat niet. Zodra er bij de verkrijging een zelfstandig te installeren legale kopie aan te pas komt dan staat vast dat alle gebruiksbeperkingen enkel jegens de leverancier gelden als partijafpraak en niet jegens de auteur als invulling van een op het auteursrecht gebaseerd recht.

De eerste vaststelling moet zijn dat het recht van de verkrijger (binnen de grenzen van art. 45j Aw) bij deze aanneming niet kan worden aangeduid als een auteursrechtelijk recht. De eerste onder in paragraaf 2.4.1 gestelde vraag moet dus per se ontkennend worden beantwoord: de verkrijger heeft geen auteursrechtelijke licentie en ook geen stukje overgedragen auteursrecht. Dit is onmogelijk nu voor hem geldt dat de handelingen die genoemd zijn in art. 45i Aw geen reproductiehandelingen zijn. Hij mag het gewoon doen. Men zou kunnen zeggen dat wat het recht van de verkrijger nu is niet interessant meer is, omdat het buiten het bereik valt van de auteur. De software is over de schutting en daarmee basta. Maar (zoveel is duidelijk) ik wil achter de schutting kijken en zien wat ik daarachter aantref.

Buiten het auteursrecht geldt het gemene privaatrecht. En in het gemene privaatrecht zie ik buiten het stoffelijke exemplaar geen andere kandidaat die in aanmerking komt om te dienen als rechtsobject voor de gebruiker. De kernvraag is of het mogelijk is de juridische situatie zo te construeren zonder terecht te komen in de in de vorige sectie afgewezen dogmatische vooronderstelling dat de eigendom van het *verkregen exemplaar* het gebruiksrecht schraagt. Voor zover ik kan inzien kan dat alleen maar als men het volgende standpunt inneemt: dat het niet gaat om het verkregen exemplaar, maar dat het gaat om het *gebruiks-exemplaar* dat nu en hier 'toevallig' bestaat omdat de verkrijger de software heeft geïnstalleerd.⁵⁰ Dat exemplaar zal in het algemeen de computer of het computernetwerk van de verkrijger zijn.

Aan de hand van een voorbeeld zal ik de juridische gevolgen van deze gedachtegang uiteenzetten. Stel dat verkrijger V software van auteur A, van leverancier L rechtmatig een opzegbaar gebruiksrecht verkrijgt om de software gedurende twee jaar te mogen gebruiken op zijn thuiscomputer. Na opzegging of in ieder geval na de twee jaar is V verplicht met het gebruik te stoppen en de geïnstalleerde software effectief van zijn computer te verwijderen. Als V de software gaat installeren op zijn computer, dan gebeurt er iets bijzonders. Nu blijkt V eigenaar te zijn van de (vanwege zijn huurpositie rechtmatig vervaardigde) kopie die op zijn computer staat, net zoals hij al eigenaar was en is van

⁵⁰ Hierbij hanteer ik het begrip exemplaar zoals dit door Spoor is ontwikkeld: het gaat om het medium waarop de gegevens zijn vastgelegd, of dit nu een losse drager is, bijvoorbeeld een cd-rom, of hardware zoals de harde schijf als bestanddeel van de computer. Vergelijk: J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 50, waarover hierna ook paragraaf 7.2 bij noot 5. Benadrukt zij dat deze eigendom niet is 'bedoeld' door de uitzondering op het auteursrecht, maar daar enkel een gevolg van is.

dezelfde computer. De kopie is ten opzichte van de computer enkel bestanddeel. Nu is er een buitenauteursrechtelijk object waarop het recht van V kan steunen. Het gevolg is dat V uit de greep blijft van A.

Laten we nu twee situaties onderscheiden. De eerste situatie is dat V het verkregen exemplaar van de software van L heeft gehuurd. V is rechtmatige verkrijger – dit althans aangenomen dat we het brede begrip rechtmatige verkrijger zoals dat kennelijk wordt gesteund door de Europese Commissie als uitgangspunt nemen. V gaat de software vervolgens gebruiken. Hij is ten opzichte van A als eigenaar van het gebruiksexemplaar bevoegd van de software gebruik te maken en jegens L als huurder van het verkregen exemplaar. De omvang van de eigendom wordt bepaald door het beoogde doel van de software, zoals dat ex art. 45j Aw naar buiten is gebracht vanwege de auteur. Als de auteur daar niets over heeft gezegd (door bijvoorbeeld technische maatregelen of de benaming ‘thuissoftware’), dan bestaat er voor de verkrijger enige ruimte om van ‘zijn’ software gebruik te maken. Deze ruimte wordt echter jegens L nader ingeperkt door de huurrelatie. Als V buiten de grenzen van de gebruiksvoorwaarden (opzegbaar recht gedurende twee jaar, alleen thuisgebruik) treedt, dan pleegt hij jegens L wanprestatie. Het eigendomsrecht dat hij heeft kan V daartegen niet in het geweer brengen. V kan ook niet profiteren van enige toepasselijkheid van de uitputtingsregel omdat het exemplaar niet in eigendom is overgedragen, maar was verhuurd. Het eigendomsrecht op het gebruiksexemplaar verdwijnt zodra het gebruiksrecht verdwijnt als de huurder zich aan zijn afspraak houdt om de software aan het einde van het gebruiksrecht van de computer af te halen. Doet hij dit laatste niet en blijft hij gebruik maken van de software, dan is dat voortgezette gebruik een schending van de contractuele verplichting jegens L. Het is echter geen schending van het (negatief afgebakende) auteursrecht van A, nu V de status van rechtmatige verkrijger heeft.

Stel nu een bijna identieke situatie, waarbij V met L afsprekt dat V twee jaar een opzegbaar recht krijgt om van de software thuis op een computer gebruik te mogen maken. Deze overeenkomst maakt deel uit van een overeenkomst waarbij L ook hardware verkoopt. Stel nu dat L, zonder daar verder bij stil te staan, de software alvast installeert op de te leveren computer voor V. Nu verkrijgt V de eigendom van het exemplaar van de software (de computer waarop de software is vastgelegd) terwijl V van L voor het gebruik van de software enkel een tijdelijk gebruiksrecht kreeg. Dit kan zijn gebeurd in het licht van de vooronderstelling dat wanneer een gebruikslicentie specifiek is ingevuld, de verkrijging van enige eigendom er niet toe doet. Dit zou een ernstige misrekening zijn als in art. 45j Aw een negatieve afbakening zou aangeven. Nu er een exemplaar is overgedragen volgt de toepasselijkheid van de uitputtingsregel, waardoor de verdere overdracht van het exemplaar de opvolgende eigenaar ook de kwalificatie rechtmatige verkrijger heeft. Jegens deze derde-verkrijger (D) gelden de door L opgelegde beperkingen niet, omdat D geen partij was bij de overeenkomst met L. Het gebruik van de software van D is jegens A rechtmatig, voor zover hij binnen de grenzen van art. 45j Aw de software gebruikt voor het beoogde doel. A kan het reproductierecht jegens opvolgende rechtmatige ver-

krijger D niet inroepen omdat ook ten opzichte van D zijn recht door art. 45j Aw negatief is afgebakend. Dit staat er los van dat V jegens L mogelijk wanprestatie heeft gepleegd.

Uit deze analyse volgen de verdere antwoorden op de vier in paragraaf 2.4.1 tot 2.4.5 gestelde vragen. De eerste daarvan was: ‘Wat betekent het exemplaar voor een (opvolgende) verkrijger na uitputting?’ De rol de verkrijging van het exemplaar is hier die van voorwaarde om de verdere verkrijger aan te kunnen merken als opvolgende rechtmatige verkrijger. In auteursrechtelijk opzicht is het de exceptie die het de verkrijger mogelijk maakt handelingen te verrichten die nu niet onder het auteursrecht vallen. In goederenrechtelijk opzicht is dat de eigendom: niet van het verkregen exemplaar, maar van het exemplaar waar de verkrijger de software toevallig vanaf gebruikt. Voorwaarden van de leverancier kunnen niet afdoen aan de negatieve afbakening van het auteursrecht. Vragen drie en vier dienen aldus te worden beantwoord dat de in de praktijk gesloten licentieovereenkomsten de relatie auteur-verkrijger niet regarderend en dus de positie van de opvolgende verkrijger helemaal niet kunnen invullen. Deze consequentie wordt door Spoor, Verkade en Visser uitdrukkelijk aanvaard.

2.5.3.1 Negatieve afbakening: richtlijn en implementatie

De negatieve afbakening is een niet voor de hand liggende, maar ook niet onmogelijke manier om de positie van de verkrijger te regelen. Hieronder wordt in de eerste plaats onderzocht in hoeverre de Nederlandse wetgever deze optie gewenst heeft en of deze optie in de Europese richtlijn werd bedoeld. De optie om aan te nemen dat art. 45j Aw een negatieve afbakening is van het auteursrecht en opzichte van art. 45i Aw stuit op een drietal vervolgens te bespreken bezwaren, die naar mijn opvatting zo zwaar wegen dat deze optie niet moet worden aanvaard.

Uit de relevante bronnen bij de totstandkoming van de richtlijn kan niet noodzakelijk worden opgemaakt dat de Europese wetgever een negatieve afbakening van het auteursrecht wenste ten behoeve van de rechtmatige verkrijger van software. Voor bepaalde handelingen is geen toestemming van de auteur vereist. De reeds aangehaalde overweging 14 bij de richtlijn bepaalt: ‘(...) dat dit betekent dat het laden of in beeld brengen, dat noodzakelijk is voor het gebruik van een rechtmatig verkregen kopie van een programma, alsmede het corrigeren van fouten, niet bij overeenkomst mag worden verboden.’ Deze overweging is naar mijn mening fundamenteel onduidelijk en kan evengoed twee dingen betekenen.

De betekenis die zou stroken met de gedachte van de negatieve afbakening is: de handelingen van art. 4a Swrl gelden niet als verveelvoudigingshandeling voor de rechtmatige verkrijger, en daarom kunnen verdergaande beperkin-

gen dan de genoemde niet met behulp van het auteursrecht contractueel worden opgelegd.

De overweging kan ook wijzen op een positieve invulling van het recht van de verkrijger. In dat geval betekent de uitzondering: de handelingen genoemd in art. 4a Swrl blijven vallen onder het reproductierecht maar bij rechtmatige verkrijging van een kopie mag het door de auteur verstrekte recht niet onder een bepaalde minimumomvang komen.

Dezelfde dubbelheid is zichtbaar bij de totstandkoming van art. 45i en 45j Aw. De formulering van art. 45j Aw als ware het een exceptie sluit aan op de gedachte dat er een negatieve afbakening is. Bij de totstandkoming is echter ook over art. 45j Aw gezegd dat deze een wettelijke licentie voor de verkrijger oplevert en dat de auteur binnen de grenzen van art. 45j Aw bij contract kan bepalen hoe (bijvoorbeeld: hoe intensief) van de software gebruik gemaakt mag worden.⁵¹ Vooral de gehanteerde term ‘wettelijke licentie’ vind ik in dit verband interessant. Betekent wettelijke licentie iets als een wettelijke vrijstelling (Lenselink spreekt in dit verband van een wettelijk privilege), dan zou de term kunnen wijzen op een negatieve afbakening.⁵² Maar als men de term letterlijk neemt, dan wijst wettelijke licentie op een positieve invulling: wie kan gelden als rechtmatige verkrijger, beschikt in ieder geval over een auteursrechtelijke licentie waarvan de wet bepaalt dat die in ieder geval deze en deze bevoegdheden bevat.⁵³

⁵¹ Zie *Kamerstukken II*, 1992-1993, 22 531, nr. 3, p. 13 (MvT): ‘Er zij op gewezen dat contractueel uitzonderingen op deze wettelijke licentie kunnen worden gemaakt, met dien verstande dat verveelvoudigingshandelingen in het kader van het laden, in beeld brengen of het verbeteren van fouten niet bij overeenkomst kunnen worden verboden. Wel kunnen ten aanzien van laatstgenoemde verveelvoudigingshandelingen nadere condities worden overeengekomen.’ Zie voorts: *Kamerstukken II*, 1992-1993, 22 531, nr. 5 (MvA), p. 28-29: ‘Het is – anders dan de leden van de PvdA-fractie – niet aan de gebruiker voorbehouden dit doel te bepalen. Het beoogde doel kan contractueel zijn vastgelegd of voortvloeien uit de aard van de programmatuur in combinatie met de andere omstandigheden van het geval. Op basis van het algemene vermogensrecht zal moeten worden beoordeeld of de rechthebbende onredelijke voorwaarden heeft gesteld met betrekking tot het met de programmatuur beoogde doel. Bij gebreke van contractuele afspraken kan het beoogde doel uit concrete omstandigheden worden afgeleid, zoals het technische vermogen van het programma om bepaalde taken uit te voeren. (...) De condities, die ten aanzien van de in artikel 45j genoemde verveelvoudigingshandelingen kunnen worden gesteld, kunnen uiteenlopend van aard zijn. Zij kunnen betrekking hebben op het aantal gebruikers, de plaats van gebruik, het aantal terminals, de te gebruiken computers. Zij mogen echter niet zodanig zijn dat daarmee feitelijk deze verveelvoudigingshandelingen onmogelijk worden gemaakt.’

⁵² Lenselink (IEC) 2-51-52.

⁵³ Vergelijk: Van Schelven, Struik en Hoorneman 2010, a.w. noot 24, p. 166 die gezien hun opvatting ‘dus’ moeite hebben met deze term.

2.5.3.2 Negatieve afbakening: bezwaren

Achtereenvolgens komen drie bezwaren aan de orde, die, alles bij elkaar, ervoor zorgen dat de tot nu toe opengehouden vraag of de negatieve afbakening de juiste benadering is door mij negatief wordt beantwoord.

Het eerste bezwaar dat ik naar voren breng is de gewrongenheid van de constructie. Zij wordt door Quaedvlieg (haar overigens wel aanvaardend) aangeduid als een U-bocht.⁵⁴ Het getuigt van weinig logica dat wat eerst uitdrukkelijk onder het auteursrecht wordt gebracht, vervolgens ten behoeve van kopiegebruikers uit de handen van de auteur wordt weggegrist. Het auteursrecht gaat zich door art. 45i Aw begeven op het terrein van het eigen gebruik door de verkrijger, doordat voor het gebruik onontbeerlijke tijdelijke handelingen (zoals het laden en uitvoeren van de programmatuur) onder het verveelvoudigingsrecht vallen. Dit is anders bij een vergelijkbare bepaling als art. 13a Aw, waarin (kort gezegd) staat dat voor andere informatieproducten dan software de tijdelijke handelingen (onder voorwaarden) *direct al* buiten het auteursrecht vallen. Dat de tijdelijke handelingen bij software wel binnen het auteursrecht zijn gebracht is weinig begrijpelijk als er geen wens is om de auteur een licentiepraktijk te laten beginnen. Het is veel passender als het recht van de verkrijger van art. 45j Aw dan ook op het terrein van het auteursrecht komt te liggen. Het gaat naar mijn mening niet aan om een schutting neer te zetten als negatieve afbakening. Een schutting, waarachter zich de software voegt in het gemene goederenrecht door de vastlegging op de toevallige drager. Die drager, en vanzelf de eigendom daarop, verkrijgt zo weer een bijzonder vermogensrechtelijk gewicht, dat deze maar moeilijk kan dragen. Dat ik de constructie gewrongen vind is overigens geen reden om haar onmogelijk te achten. Er bestaat bij mij echter geen neiging om ervoor te kiezen als het niet moet.

Men kan dit bezwaar afdoen als esthetisch, zeker als het zo zou zijn dat de negatieve afbakening zou stoken met de maatschappelijke werkelijkheid. Dit is echter niet het geval, en dat vormt gelijk mijn tweede bezwaar. Om de negatieve afbakening te kunnen presenteren heb ik de actoren A (auteur), L (leverancier) en V (verkrijger) onderscheiden. Ik heb om de analyse te verhelderen de rol van A passief gehouden en ik heb L degene laten zijn die bijzondere voorwaarden aan V wilde opleggen. Maar dit model geeft het normale maatschappelijke geval helemaal niet weer! Het normale geval is dat zo A niet al dezelfde is als L, A via L zijn eigen gebruiksvoorwaarden wenst op te leggen aan de verkrijger. Daarbij presenteert A zich als auteursrechthebbende en wordt V's recht zijn 'licentie' genoemd. Juristen die hun analyse afstemmen op deze praktijk komen op een natuurlijke manier tot de conclusie dat het recht van de verkrijger dus een auteursrechtelijke licentie is. Voor deze contractspraktijk zijn de Verenigde

⁵⁴ Zie zijn annotatie bij: Rb. 's-Gravenhage 23 april 2003, *BIE* 2004, p. 40 (Bridge Boekhoudsoftware).

Staten ons voorland. Reguleringen voor software zijn daar reguleringen voor licensing (waarbij bijvoorbeeld een zinnig onderscheid wordt gemaakt tussen gewone licenses en mass market licenses). De end user license agreement (EULA) die aan verkrijgers wordt opgelegd is een voorbeeld van wat Hugenholtz 'direct licensing' en Grosheide 'downstream licensing' noemt.⁵⁵ In hun beschouwingen staat de geldigheid van deze licenties voorop. In haar analyse over de aanschaf van software heeft Thole ook de auteursrechtelijke dimensie van het contract vooropgesteld. Dat heeft haar ertoe geleid aan te nemen dat het gedeelte van het contract dat qua belang voorop staat de licentieverlening is, en dat de kwalificatie van dat contract niet de koop van een zaak, maar de huur van een vermogensrecht is.⁵⁶ Wat er ook zij van die laatste kwalificatie, het lijkt ook mij voor de hand te liggen bij de uitleg van de verhouding tussen art. 45i en 45j Aw uit te gaan van een praktijk die door de wetgever beoogd te worden gereguleerd. En dat is een praktijk waarin leveranciers hun voorwaarden pogen op te leggen als auteur in de vorm van licenties. Het gaat partijen natuurlijk helemaal niet om wie eigenaar is van enig stoffelijk exemplaar.⁵⁷ Het gaat erom hoe, door wie, waar, op hoeveel computers, enzovoort de software gebruikt mag worden. Het past naar mijn mening dan ook beter bij de maatschappelijke werkelijkheid om aan te nemen dat art. 45j Aw positief invult hoe de auteur het recht van de verkrijger mag vormgeven.

Het enkele feit dat de negatieve afbakening niet past bij de contractspraktijk hoeft ook nog geen reden te zijn om deze benadering af te wijzen. Het kan een bewuste keuze zijn om – hoe de contractspraktijk er ook uitziet – een grens te stellen aan wat de auteur met zijn bevoegdheden vermag. Het is zo mogelijk voor de rechtmatige verkrijger een juridische borstwering te vervaardigen tegen de aanbeukende software-industrie. De benadering zou aan overtuigende kracht winnen als zou blijken dat dit standpunt in de landen van de EU naar aanleiding van de uitleg van de software-richtlijn eensgezind wordt uitgedragen. Dit is echter niet het geval, en dit vormt mijn derde bezwaar tegen de uitleg van art. 45j Aw als negatieve afbakening. Mijn indruk is dat in landen om ons heen deze benadering meestal juist helemaal niet wordt gevolgd. In Duitsland staat

⁵⁵ P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?' in: *Recht en Internet*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1998-1), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 201-260; Grosheide 1998, a.w. noot 36.

⁵⁶ E.P.M. Thole, 'De juridische kwalificatie van de aanschaf van software', in: H. Struik e.a., *10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samson bedrijfsinformatie 1996, p. 29-54.

⁵⁷ Dat in de praktijk eigendomsvoorbehouden en eigendomsoverdrachten voor ICT-producten aan de orde van de dag zijn doet hier niet aan af. Het is bijvoorbeeld voor een leverancier niet onverstandig om voor de zekerheid toch maar een eigendomsvoorbehoud op te nemen, want je weet maar nooit of het overdragen van een exemplaar het kwijtraken van allerlei rechten met zich brengt. Zie de modelvoorwaarden van de automatiseringsbranche ICT-office, algemene module art. 6.1 (Alle aan cliënt geleverde zaken blijven eigendom van leverancier totdat etc.) en de modelvoorwaarden ARBIT van de overheid als afnemer, art. 7.2 (Onverminderd het bepaalde in artikel 8 gaat de eigendom van (onderdelen van) de Prestatie bij Acceptatie over op Opdrachtgever).

het auteursrechtelijke Nutzungsrecht en in Engeland de auteursrechtelijke licentie centraal bij de beschouwingen over het recht van de verkrijger. Enkel in Frankrijk heb ik uitdrukkelijk een met de negatieve afbakening vergelijkbare opvatting aangetroffen. Ook in Frankrijk staan daar evenwel andere opvattingen tegenover.⁵⁸

Gezien de gewrongenheid van de constructie, de afstand tussen de negatieve afbakening en de licentiepraktijk en het ontbreken van aanwijzingen dat de negatieve afbakening in Europa algemeen opgeld doet, kom ik tot de conclusie dat de uitleg van art. 45j Aw als negatieve afbakening moet worden afgewezen. De ruimte voor deze afwijzing wordt geboden door de inherent dubbelzinnige formulering van art. 5 Swrl en het daarop gebaseerde art. 45j Aw.

2.5.4 Derde uitleg: positieve invulling

De derde en naar mijn mening juiste weg om de uitzondering van art. 45j Aw uit te leggen is door uit te gaan van de gedachte dat de wetgever de licentiepraktijk zo heeft willen regelen dat als de softwaregebruiker als rechtmatige verkrijger kan worden aangemerkt, aan hem een positief ingevuld auteursrechtelijk recht toekomt van een bepaalde minimumomvang. Denkbaar is dat dit minimumrecht niet alleen de gebruiksbevoegdheden sec betreft, maar ook de aard van het recht. Men zou zich de situatie voorstellen dat de verkrijger zo (onder bepaalde omstandigheden) een absoluut auteursrechtelijk recht van een bepaalde minimumomvang verkrijgt.

De bedoeling om de verkrijger een *recht met een bepaalde minimumomvang* te laten ontvangen valt uit de softwarerichtlijn af te leiden. Het beoogde doel mag flexibel (bij contract) worden ingevuld, maar een aantal minimumbevoegdheden mogen niet worden weggecontracteerd, zoals het laden, uitvoeren en in beeld brengen, het verbeteren van fouten en het maken van een reservekopie. Een licentie die zelfs deze handelingen verbiedt kan in zoverre niet door de auteur in die hoedanigheid jegens de rechtmatige verkrijger worden gehandhaafd.

De richtlijn bepaalt echter niets over de *aard van het recht* van de verkrijger. Het hangt af van hoe de softwareregeling in de nationale vermogensrechtelijke dogmatiek valt. In Duitsland heeft de verkrijger normaliter de beschikking over een auteursrechtelijk Nutzungsrecht. Dit levert voor de verkrijger een absoluut werkend auteursrechtelijk recht op en daarmee in vele opzichten een vermogensrechtelijk onafhankelijke positie ten opzichte van de auteur. Toch is het maar de vraag of de rechtmatige verkrijger zijn Nutzungsrecht aan een derde kan overdragen, aangezien dat in art. 34 lid 1 van het Urheberrechtsgesetz

⁵⁸ Zie verder de rechtsvergelijkende beschouwing in hoofdstuk 3.

in beginsel verboden is. In Duitsland is de discussie hieromtrent in volle gang.⁵⁹ In Engeland is het recht van de verkrijger de ‘licence.’ Deze gebruikslicentie voor elektronische exemplaren kan onoverdraagbaar (non-transferable) worden gemaakt zonder dat een uitputtingsregel hier iets aan kan doen (art. 56 Copyright, Designs and Patents Act 1988).⁶⁰ In Nederland zal de positie van de verkrijger in het algemeen worden aangeduid als een licentienemer, een verkrijger van een relatief vorderingsrecht tegenover de auteur. Dit is enkel anders als de verkrijger van de auteur (gedeeltelijk) het auteursrecht heeft overgedragen gekregen of een recht van vruchtgebruik heeft verkregen. Dat zal moeten blijken uit een akte (art. 2 Aw evt. jo. art. 3:98 BW). De licentie is hier dus ‘het normale geval.’⁶¹

In paragraaf 2.4.1 tot 2.4.5 heb ik voor de positie van de rechtmatige verkrijger van software vier vragen gesteld, die nu voor beantwoording klaar liggen.

1. Noch de eigendomsverkrijging, noch een negatieve afbakening bepalen de juridische positie van de verkrijger. De eerste vraag moet dus inderdaad positief worden beantwoord: ja, de verkrijger heeft per se een auteursrechtelijke positie. De verkrijger is afhankelijk van de toestemming van de auteur en van de uitzondering in art. 45j Aw. Het begrip uitzondering moet hier niet gelijk worden gesteld met ‘wettelijke exceptie’ maar hangt samen met de grenzen die aan de mogelijkheid worden gesteld het recht van de verkrijger om te gebruiken, te beperken.

2. De uitputtingsregel heeft als voorwaarde de eigendomsverkrijging van het exemplaar. Maar wat gebeurt er met het reproductierecht en de licenties die daarvan zijn afgeleid? Als de nadruk komt te liggen op de auteursrechtelijke positie van de verkrijger, dan is de uitputtingsregel als zodanig voor de rechtmatige verkrijger niet voldoende om zijn software bij een derde te verkrijgen. Naast het exemplaar zal ook een auteursrechtelijk recht verder moeten worden overgedragen. De rol van de uitputting is enkel nader bepaald door de eis van eigendomsoverdracht, maar heeft verder niet met het verder over te dragen recht van de verkrijger te maken. Daarmee is de tweede vraag beantwoord.

3. De derde vraag betreft het geval dat de leverancier/auteur bijzondere gebruiksvoorwaarden oplegt. In dat geval bepaalt de verschafte licentie alleen het beoogde gebruik. Dat betekent niet alleen dat de leverancier/auteur de omvang van het gebruiksrecht bepaalt, maar ook en vooral dat de leverancier/auteur in een obligatoire relatie komt te staan met de verkrijger. Het schijfje waarop de

⁵⁹ Zie hierover bijvoorbeeld: H. Haberstumpf, ‘Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts,’ *CR* 2009, 345-353; A. Nordmeyer, ‘Lizenzantiquitätenhandel: Der Handel mit “gebrauchter” Software aus kartellrechtlicher Perspektive,’ *GRUR Int* 2010, 489-495; Th. Hoeren, ‘Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software. Körperliche Übertragung und Folgeprobleme,’ *GRUR* 2010, p. 665-673.

⁶⁰ Zie hierover Copinger and Skone James on Copyright 2011, p. 634.

⁶¹ Vergelijk: E.P.M. Thole, ‘De juridische kwalificatie van de aanschaf van software,’ in: H. Struik e.a., *10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samson bedrijfsinformatie 1996, p. 29-53.

software wordt aangeleverd is een zaak waar de verkrijger al dan niet eigenaar van wordt, maar die eigendomsverkrijging heeft geen verdere vermogensrechtelijke betekenis voor het mogen gebruiken van de software. Anders – in goederenrechtelijke termen – gezegd: het eigendomsrecht op het exemplaar is niet de grondslag voor het mogen gebruiken van de software omdat het abstracte eigendomsrecht door het auteursrecht als een beperkend ‘recht van anderen’ (art. 5:1 lid 2 BW) is uitgehold. Het feit dat de verkrijger een kopie heeft verkregen dat hij zelfstandig mag installeren betekent enkel dat deze verkrijger van art. 5 Swrl/art. 45j Aw mag profiteren, zodat zijn licentie door de auteur niet onder een minimum wordt gesteld. Dat minimumrecht heeft de verkrijger echter ook als hij de kopie niet door eigendomsoverdracht heeft verkregen, maar bijvoorbeeld door een download of bij huur.

4. De vierde vraag betreft het geval dat bijvoorbeeld een koper in een gewone winkel een softwarepakket aanschaf zonder er ook maar sprake is van nadere gebruiksvoorwaarden. Heeft deze koper dan niet gewoon een zaak, het pakket gekocht? Ja. Maar toch gaat het daar niet in hoofdzaak om.⁶² De eigendom wordt overgedragen, en omdat dit het resultaat is van een rechtmatige distributie, betekent dit dat tevens een licentie wordt verstrekt om van de software gebruik te mogen maken. Dit is volgens mij de betekenis van wat er over sale of a copy wordt gezegd door de commissie bij het oorspronkelijke voorstel. Czarnota en Hart zeggen hierover: ‘If the program had been sold, a presumption is created that all the acts which are restricted by Article 4 are permitted by the rightholder in respect of its use in accordance with its intended purpose.’⁶³

Deze ‘permission’ is naar Nederlands recht ook in dit geval een obligatoire, auteursrechtelijke licentie en dit is de basis van het mogen gebruiken van de koper. Waar bij het ontbreken van deze bepaling de verkrijger maar moet hopen op een ‘implied license’ bij de aanschaf van software, is het bestaan van deze (impliciet verleende) licentie bij rechtmatige verkrijging wettelijk zeker gesteld door art. 45j Aw.⁶⁴ De betekenis van de door de wetgever gehanteerde uitdrukking ‘wettelijke licentie’ is naar mijn opvatting niet ‘wettelijke exceptie,’ maar ‘licentie, waarvan het bestaan art. 5 Swrl/45j Aw wordt gegarandeerd.’ Deze licentie wordt in de aangeduide casus veroorzaakt door een overeenkomst en is in deze zin contractueel. Anders dan wanneer de auteur zelf de voorwaarden specifiek bij contract oplegt is in deze casus de auteur niet de wederpartij. Hier is het de winkelier die het softwareproduct verkoopt en als gevolg daarvan de licentieverhouding tussen gebruiker en auteur tot stand brengt.

De bepaling van de omvang van de impliciete licentie ex art. 45j Aw staat gelijk aan hoe Spoor, Verkade en Visser de bepaling van het beoogde gebruik bij de negatieve afbakening in alle gevallen wensen te zien (te weten ‘ob-

⁶² Vergelijk in verbintenisrechtelijk opzicht: Thole 1996, a.w. noot 61, p. 44-45.

⁶³ Czarnota en Hart 1991, a.w. noot 21, p. 64.

⁶⁴ Vergelijk: Bently in: Dreier & Hugenholtz 2006, a.w. noot 21, p. 226. ‘In the absence of such a provision, a purchaser of a program would have to rely on an ‘implied license’ to avoid infringing copyright when they simply load or run the program.’

jectief,' aan de hand van de omstandigheden).⁶⁵ Bij Spoor, Verkade en Visser valt dit beoogde gebruik vervolgens buiten het auteursrecht, maar volgens mij valt het binnen de licentie. Dat is precies het verschil tussen de negatieve afbakening en de positieve invulling. De lijnen van de omvang van de licentie kunnen overigens door technische maatregelen als DRM (digital rights management) zeer strak worden getrokken.

2.6 *Het neerhalen van de schutting*

In paragraaf 2.2 heb ik een aantal citaten uit handboeken opgenomen waaruit blijkt dat er een natuurlijke grens wordt gevoeld tussen het intellectueel eigendomsrecht en het goederenrecht. Met het verschijnsel van de uitputting kan deze demarcatie treffend worden geïllustreerd. In het beeld dat ik ervoor hanteerde bij het schilderij werd het exemplaar vanuit het auteursrecht (het 'werk-terrein') over een schutting in het goederenrecht gegooid (het 'exemplaar-terrein').

Een hoge schutting, zo betitelde ik de scheiding tussen de auteursrechtelijke en de goederenrechtelijke sfeer. Het maken van het onderscheid tussen de rechtsgebieden heeft bovenal een programmatisch karakter. Wanneer in Snijders en Rank-Berenschot staat dat voortbrengselen van de menselijke geest (uitvindingen, computerprogramma's) geen zaken zijn en daarom buiten de actieradius van de goederen vallen, betekent dat beslist niet dat de rechten op die voortbrengselen geen vermogensrechtelijke relevantie hebben.⁶⁶ Wat daar gezegd wordt is dat hun boek niet die rechten betreft, omdat zij die niet als onderdeel van hun (pun intended) werkterrein beschouwen. Door de uitzondering van art. 45j Aw als een negatieve afbakening op te vatten hoeven Spoor, Verkade en Visser zich niet meer bezig te houden met de rechtmatige verkrijger: diens recht ligt immers achter de schutting en daarmee buiten hun werkterrein van het auteursrecht. In die zin zou de positie van de verkrijger 'geheel los' staan van die van de auteur, zoals dat ook het geval is in de traditionele situatie voor de verkrijger van een exemplaar als een schilderij.

Het bijzondere van de situatie bij software is nu juist dat het auteursrecht alles te maken heeft met de positie van de verkrijger en hun opvolgers. Meer dan een minimumrol kan de eigendomsverkrijging van het exemplaar niet meer spelen. De gebruiker moet de beschikking hebben over een zelfstandig te installeren kopie (die hij via een drager, maar ook via een download kan hebben verkregen) om te kunnen profiteren van de uitputtingsregel van art. 4 lid 2 Swrl en de minimumrechten van art. 5 lid 1 Swrl. Het gebruiksrecht van de verkrijger is echter positief ingevuld en auteursrechtelijk van kleur.

We kunnen dus exemplaren over een schutting blijven gooien naar een plaats die we 'het verkeer' noemen. Zo, daar zijn we van af. Maar als we de moeite zouden nemen om vanaf het auteursrechtelijk terrein om de schutting

⁶⁵ Zie: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 4, p. 596-597.

⁶⁶ Zie hiervoor, bij noot 2.

heen te lopen en het terrein aan de andere kant van de schutting te bekijken dan blijkt dat het exemplaar niet op goederenrechtelijk ‘exemplaar’-terrein is terechtgekomen, maar dat het zich nog steeds op auteursrechtelijk ‘werk’-terrein bevindt. De schutting blijkt vanwege de structurele verandering van het auteursrecht voor software (en misschien ook voor andere informatieproducten) midden op auteursrechtelijke grond te zijn geplaatst! Daarmee bakent die schutting niets meer af en kan zij worden verwijderd.

2.7 *De agenda voor de komende beschouwingen*

Met het verwijderen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht verdwijnen gelijk de aan het einde van paragraaf 2.3 van deze beschouwing genoemde schijnbare vermogensrechtelijke vanzelfsprekendheden. Ik stel een agenda op van vermogensrechtelijke problemen, die ik elders heb uitgewerkt, gegeven de auteursrechtelijke positie van de verkrijger van software. Dit zijn de beschouwingen die in dit boek hierna zijn opgenomen.

In de eerste plaats werd erop gewezen dat het de traditionele eigenaar van het exemplaar vrij staat zijn eigendom verder over te dragen en dat overdrachtsbeperkingen hoogstens verbintenisrechtelijk werken. Als de verkrijger licentienemer is, dan stelt zich de vraag of en hoe de verkrijger deze licentie (mede gezien art. 3:83 lid 2 BW) eveneens kan overdragen. Deze problematiek wordt nader beschouwd in hoofdstuk 3.⁶⁷ Er bestaat alle aanleiding in de slotbeschouwing (hoofdstuk 9) stil te staan bij inmiddels over deze problematiek verschenen jurisprudentie. Daarbij springt de uitspraak van het Hof van Justitie inzake *Usedsoft/Oracle* het meest in het oog.⁶⁸

De tweede vanzelfsprekendheid betrof dat voor zover de eigenaar van het exemplaar geldig contractuele gebruiksbeperkingen krijgt opgelegd, dat slechts verbintenisrechtelijk werkende bepalingen zijn die niets aan zijn eigendomsrecht afdoen. Uit het bovenstaande blijkt dat dit voor software niet meer opgaat. Het ‘meest omvattende recht’ dat een verkrijger op software kan verkrijgen ligt in de auteursrechtelijke sfeer. Als de verkrijger moet leunen op een licentie, dan voegt de eigendom daar voor zijn verder over te dragen gebruiksrecht niets aan toe. Ook deze problematiek komt aan de orde in hoofdstuk 3.

De derde vanzelfsprekendheid in de traditionele exemplaarsituatie is dat de distributie van exemplaren geschiedt via in- en verkoop (art. 7:1 BW) en dat aan het eind van de keten de eindgebruiker eigenaar wordt van het exemplaar. Uit deze analyse blijkt dat de licentieverlening voorop moet staan. Dit bepaalt het perspectief voor hoe de aanschaf van software juridisch moet worden gekwalificeerd. In hoofdstuk 4 wordt deze verbintenisrechtelijke problematiek

⁶⁷ Zie eerder ook al: Neppelenbroek *AMI* 2001, a.w. noot 25.

⁶⁸ HvJ 3 juli 2012, C-128/11. In Nederland: Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863 (IE/IV); Rb. Almelo 11 juli 2012, *LJN*: BX2173 (*Datacolor/De Voordeelmarkt*).

uitgewerkt. Inmiddels is bekend hoe de Hoge Raad erover denkt: onder omstandigheden kan het kooprecht van toepassing zijn. Daarbij maakt het niet uit of de software werd verschaft via een drager of via een download.⁶⁹ Over de motivering en de betekenis van deze uitspraak is een nadere beschouwing zeer wel mogelijk. Zie hierover de slotbeschouwing, waarin de casus, alsmede de beslissing en de motivering van de Hoge Raad worden beschreven en ‘ingepast’ in de resultaten van het hier door mij gepresenteerde onderzoek. Verder stelt zich in het verbintenissenrechtelijke verband de vraag hoe de auteursrechthebbende de software via derden, tussenpersonen die vaak ‘resellers’ worden genoemd, zijn gebruiksvoorwaarden aan eindgebruikers kan opleggen. Hierop wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

Ten vierde werd erop gewezen dat als de rechthebbende op het werk zijn auteursrecht overdraagt aan een derde of failliet gaat, dat niets te maken heeft met de positie van de eigenaar van het exemplaar. Bij software wordt deze vanzelfsprekendheid onder de druk van het auteursrecht ‘vloeibaar.’ Mede in het licht van het arrest Nebula is de positie van de licentienemende softwaregebruiker kwetsbaar. Er moet nadere aandacht worden besteed aan het instrument van de partiële overdracht van het auteursrecht om de verkrijger van software in veilig goederenrechtelijk vaarwater te krijgen. Dit is het onderwerp van hoofdstuk 6.

Ten slotte werd erop gewezen dat na de uitputting de eigendom zijn ‘gemene’ rol als centrum van het vermogensrecht herneemt. Men kan de ontwikkelingen met betrekking tot software als een voorbeeld zien van een ontwikkeling waarin de in het goederenrecht als vanzelfsprekend overheersende rol van de eigendom onder meer door de digitalisering kan worden gerelativeerd. De goederenrechtelijke positie van degene die een digitaal bestand via een download naar zich toe haalt is het onderwerp van hoofdstuk 7. Het eigendomsrecht zelf is het onderwerp van hoofdstuk 8.

2.8 Slot

In deze beschouwing is de positie van de softwareverkrijger van art. 5 Swrl/art. 45j Aw aan een onderzoek onderworpen, mede in het licht van het verschijnsel van de uitputting. Het uitgangspunt van de analyse was dat het exemplaar waarop software is vastgelegd kennelijk een rol speelt bij de bepaling van de positie van de verkrijger. Uit de bovenstaande analyse is gebleken dat deze rol tot een minimum beperkt blijft.

Art. 45j Aw is gericht tot ‘de rechtmatige verkrijger van een exemplaar.’ Nadere analyse van deze bepaling, zoals deze uit Europa tot ons is gekomen, leerde dat deze rechtmatige verkrijger niet gelijkgesteld kan worden met bijvoorbeeld de eigenaar van een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd schilderij. Anders dan deze eigenaar heeft de softwareverkrijger voor

⁶⁹ HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 293 (Hulskamp/De Beeldbrigade) en 294 (Hulskamp/Bell).

het mogen gebruiken van software op basis van het reproductierecht van de auteur (art. 4 lid 1 sub a Swrl/art. 45i Aw) altijd een recht in de auteursrechtelijke sfeer nodig (een licentie of een overgedragen auteursrecht). Het exemplaar dat de verkrijger in staat stelt zelfstandig van de software gebruik te kunnen maken, zegt niets over de aard van zijn auteursrechtelijke gebruiksrecht. Art. 45j Aw geeft, zo blijkt uit de bestudering van het ten grondslag liggende art. 5 lid 1 Swrl, geen negatieve afbakening, maar een positieve invulling. Het geeft met een dwingende ondergrens aan hoe de auteur dat auteursrechtelijke gebruiksrecht contractueel kan beperken. De enige rol die het exemplaar voor het mogen gebruiken speelt is dat wanneer de verkrijger zelfs geen beschikking heeft over een zelfstandig te installeren kopie, de uitputtingsregel en art. 45j Aw niet van toepassing is (zoals wanneer toegang tot software online ‘as a service’ plaatsvindt).

Uitputting is het verschijnsel dat het verder in eigendom overdragen van een in het verkeer gebracht (rechtmatig) exemplaar niet meer valt onder het recht van de auteur om het werk openbaar te maken (vergelijk art. 12b Aw). Ook in de softwarerichtlijn is in de uitputting voorzien (art. 4 lid 2 Swrl). Uit de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat bij software ook uitputting kan plaatsvinden als de software aanvankelijk via een download in het verkeer was gebracht. Uitputting ziet traditioneel alleen op het verder openbaar maken van het exemplaar en niet op de auteursrechtelijke gebruikslicentie van de softwareverkrijger, dat op het reproductierecht van de auteur is gebaseerd. Dit maakt de vraag relevant of de auteur de verdere overdracht van die auteursrechtelijke licentie kan blokkeren.

In de traditionele situatie bestond een duidelijk onderscheid naar werkterrein voor het auteursrecht en het goederenrecht. Dit onderscheid werd hierboven verbeeld door een schutting tussen het auteursrechtelijke ‘werk’-terrein en het goederenrechtelijke ‘exemplaar’-terrein. Als vanuit het ‘werk’-terrein een exemplaar over de schutting werd gegooid, kwam het in het ‘exemplaar’-terrein terecht. Op deze manier kon het auteursrecht het goederenrecht met rust laten en andersom. In deze beschouwing zijn alle opvattingen waarbinnen de schutting tussen de terreinen bij software op een of andere manier overeind werd gehouden, verworpen. Dit betekent dat voor software (en mogelijk ook voor andere digitale informatieproducten) veel vermogensrechtelijke problemen in het auteursrecht worden geïntroduceerd en veel auteursrechtelijke problemen in het vermogensrecht. Het zijn rechtsgebieden die, anders dan de citaten uit de handboeken in paragraaf 2.2 van deze beschouwing lijken te suggereren, elkaar niet meer uit het blikveld mogen houden.

Deze en komende beschouwingen zijn mijn bijdrage aan de discussie over de juridische positie van de rechtmatige verkrijger op het snijvlak van het auteursrecht en het vermogensrecht.

3. SOFTWARE: DE AUTEUR, DE VERKRIJGER EN DERDEN

3.1 *Inleiding*

Het juridische fenomeen software is lastig te doorgronden. De discussie erover in binnen- en buitenland wordt gekenmerkt door een veelheid van moeilijk ‘compatibele’ opvattingen, die hardnekkig naast elkaar blijven bestaan. Bijzonder complex is het systeem dat in Europa door middel van de auteursrechtelijke Softwarerichtlijn is binnengebracht.¹ Daarin is onder meer een breed, exclusief reproductierecht voor de auteur geformuleerd (art. 4a SwRI), maar is een uitzondering aangebracht voor rechtmatige verkrijgers van een exemplaar van de software (art. 5 SwRI).

Wat voor recht heeft iemand die rechtmatig een exemplaar van software (bijvoorbeeld een softwarepakket) heeft aangeschaft? Is zo’n persoon een eigenaar van zijn exemplaar, net zoals wanneer hij een boek zou hebben gekocht? Degenen die thuis zijn in wat bijvoorbeeld Kleve of Van der Steur over dit onderwerp hebben geschreven zullen dat waarschijnlijk concluderen. Bij wie daarentegen bijvoorbeeld Thole raadpleegt zal waarschijnlijk de indruk ontstaan dat de positie van de verkrijger veeleer valt te kenmerken als ‘licentienemer’. Nog lastiger wordt het, wanneer men de rol van specifieke contractuele gebruiksvoorwaarden en de auteursrechtelijke uitputtingsregel in beeld probeert te krijgen. Ook hier blijken niet op elkaar aansluitende opvattingen te worden verdedigd. De rechter of advocaat die een probleem over dit onderwerp voor zich krijgt zit er maar mooi mee. In deze bijdrage zal ik nagaan in hoeverre de verschillende benaderingen tot verschillende resultaten kunnen leiden en welke valt te prefereren.

De problematiek van deze bijdrage wordt aan de hand van de volgende, eenvoudige casus geïllustreerd. Stel dat B tegen een eenmalig te betalen prijs een netwerkversie van het softwarepakket X aanschaf van leverancier, tevens auteursrechthebbende A. In het toepasselijke ‘end-user license contract’ van A staat dat B het niet exclusieve, niet opzegbare recht verkrijgt om de software te installeren op een netwerkserver en te laten gebruiken vanaf een intern netwerk voor 20 werkplekken. Wat voor recht krijgt B nu, een licentie en/of een eigendomsrecht? Wat is de betekenis van de gebruiksbepaling die A en B zijn overeengekomen als B de software aan C wil overdragen? Bepaalt het contract tussen A en B het recht van C, zodat die laatste de gebruiksbepaling (gebruik op een intern netwerk voor 20 werkplekken) moet respecteren? Of: is deze gebruiksbepaling een louter verbintenisrechtelijk werkende bepaling tussen A en B

¹ Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, 91/250/EEG, *Pb.* L122/42, verder af te korten als SwRI.

die niet af kan doen aan een ander recht van C (een eigendomsrecht of een licentie met een objectief vast te stellen omvang)?²

Voorafgaand aan een beschrijving van de benaderingen die aan de verschillende opvattingen ten grondslag liggen, zal ik de in deze bijdrage centraal staande bepalingen uit de Softwarerichtlijn weergeven en de voor deze bijdrage belangrijke vragen die eruit voortvloeien schetsen. Bij de bespreking van de verschillende in Nederland verdedigde opvattingen zullen de rechtsgevolgen aan de hand van de bovenstaande casus worden geïllustreerd. Vervolgens zal de analyse rechtsvergelijkend worden uitgebreid. Ten eerste zullen de opvattingen worden weergegeven uit enige handboeken die vanuit een Europese benadering de softwarerichtlijn beschrijven, en daardoor van bijzonder belang kunnen zijn bij de uitleg ervan. Vervolgens komt schetsmatig aan de orde welke opvattingen men in belangrijke auteursrechtelijke literatuurbronnen in Duitsland, Frankrijk, België en Engeland tegenkomt. Ik zal daarna mijn mening geven over welke benadering het meest passend is. Kern van het betoog zal zijn dat de naar mijn mening de Europese wetgever met de invoering van de specifieke auteursrechtelijke bepalingen voor software de auteursrechthebbende een basis heeft gegeven om bij wege van licentieverlening blijvend jegens eerste en opvolgende verkrijgers het gebruiksdoel te bepalen. Een nuance hierop vloeit voort uit de uitputtingsregel: de auteursrechthebbende mag geen licentiebepalingen opnemen die het de eerste verkrijger van de software onmogelijk of onredelijk moeilijk maken om de software verder te verhandelen.

3.2 *Het reproductierecht en de gebruikersrechten*

Het reproductierecht van de auteur is neergelegd in art. 4, aanhef en sub a SwRl.

‘Onverminderd de artikelen 5 en 6 omvatten de exclusieve rechten van de rechthebbende in de zin van artikel 2 het recht de volgende handelingen te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan:

- a. de permanente of tijdelijke reproductie voor een deel of het geheel van een computerprogramma, ongeacht op welke wijze en in welke vorm. Voor zover voor het laden of in beeld brengen, of de uitvoering, transmissie of opslag van een computerprogramma deze reproductie noodzakelijk is, is voor deze handelingen toestemming van de rechthebbende vereist.’

² Voor een zeer adequate beschrijving van ongeveer alle denkbare auteursrechtelijke aspecten van software vanuit nationaal perspectief zie de bijdrage van Brunt en Schippers in: J.J. Brinkhof, F.W. Grosheide en J.H. Spoor, *Intellectuele eigendom, artikelgewijs commentaar*, losbl. uitgave v.a. 1996, A II – Artt. 45h-45n, Den Haag: Elsevier. Zie voor de problematiek van deze bijdrage vooral paragraaf 4.6.2, p. 21/92 e.v. Sinds het verschijnen van deze beschrijving is in Nederland het een en ander aan literatuur verschenen die hieronder is verwerkt.

In het Nederlandse recht wordt dit recht ingevuld door art. 45i Aw.³ Uit art. 4a SwRI vloeit een eerste vraag voort die tot verschillende opvattingen leidt. Val- len de tijdelijke reproductiehandelingen laden, in beeld brengen en uitvoeren van het programma, die in het algemeen onontbeerlijk zijn om van een compu- terprogramma gebruik te kunnen maken, onder het reproductierecht? Wordt de vraag positief beantwoord, dan valt het gebruik van software in beginsel onder het auteursrecht.

In art. 5 SwRI wordt een beperking aangebracht op onder meer het in art. 4a neergelegde reproductierecht.

‘Tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is, is voor de in artikel 4, on- der a) en b) genoemde handelingen geen toestemming vereist wanneer deze hande- lingen voor de rechtmatige verkrijger noodzakelijk zijn om het computerprogramma te kunnen gebruiken voor het beoogde doel, onder meer om fouten te verbeteren.’

In Nederland is deze richtlijnbeperking ondergebracht in art. 45j Aw.⁴ De beteke- nis van art. 5 SwRI hangt samen met die van art. 4a SwRI. Voor zover gebruiks- handelingen volgens die bepaling niet onder het reproductierecht vallen, heeft deze bepaling in zoverre geen zelfstandige betekenis. Is dat wel het geval, dan roept deze bepaling de vragen op wat moet worden verstaan onder de maatstaf ‘beoogd doel’ en de beperking ‘tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is.’ Voor deze laatste beperking is het voorts nog van belang dat in art. 9 SwRI is bepaald dat sommige handelingen – voor zover deze noodzakelijk zijn voor het beoogde doel – niet kunnen weggecontracteerd (zoals het vervaardigen van een reservekopie, art. 45k Aw, en het verbeteren van fouten, art. 45j Aw). Ten slotte kan de vraag worden gesteld of, en zo ja hoe de uitputtingsregel voor software (art. 4c SwRI) een rol kan spelen bij de uitleg van art. 5 SwRI. De uit- puttingsregel houdt, kort gezegd, in dat wanneer door of met toestemming van de auteursrechthebbende (in onze casus: A) een exemplaar van de software in het verkeer is gebracht, het de verkrijger ervan (in onze casus: B) vrijstaat dit exemplaar door te verkopen (in casu aan C).

³ Art. 45i Aw luidt: ‘Onverminderd het bepaalde in artikel 13 wordt onder het verveelvoudi- gen van een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12, mede verstaan het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag, voor zover voor deze handelin- gen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is.’

⁴ Art. 45j Aw luidt: ‘Tenzij anders is overeengekomen, wordt niet als inbreuk op het auteurs- recht op een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12, beschouwd de verveelvoudi- ging, vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van een exemplaar van eerder genoemd werk, die noodzakelijk is voor het met dat werk beoogde gebruik. De verveelvoudiging, als bedoeld in de eerste zin, die geschiedt in het kader van het laden, in beeld brengen of het verbeteren van fouten, kan niet bij overeenkomst worden verboden.’

3.3 *Meningen uit Nederland*

3.3.1 Eerste benadering: eigendom

De eerste hier te behandelen opvatting is dat de verkrijger van software ‘gewoon’ op basis van zijn eigendomsrecht de software mag gebruiken en erover mag beschikken. Deze opvatting wordt verdedigd door Kleve en (mogelijk) door Van der Steur.⁵ Zij volgt uit de door hen verdedigde kwalificatie van software (of, meer algemeen, digitale data) als een stoffelijke zaak in de zin van art. 3:2 BW. In de bovengenoemde casus verkrijgt B van A dus de eigendom van een stoffelijke zaak, het software-exemplaar.⁶

Van der Steur merkt op dat het binnen de discussie of software een zaak is waarvan iemand het eigendomsrecht in zijn vermogen kan hebben verwarrend is dat software ook een auteursrechtelijk beschermd werk kan zijn.⁷ Zij constateert voorts dat art. 45i Aw (vergelijk: art. 4 SwRI) diep ingrijpt op de positie van de verkrijger, nu het maken van tijdelijke reproducties zoals het laden van de software op het werkgeheugen, dat voor bijna ieder gebruik van software noodzakelijk is, onder het auteursrecht valt. De verkrijger van de eigendom verwerft dus een licentierecht, aldus nog steeds Van der Steur, dat de koper ‘in staat stelt het gekochte exemplaar ook daadwerkelijk te gebruiken.’⁸ Even later betoogt zij dat de verkrijger van een exemplaar wel degelijk op basis van zijn eigendomsrecht mag gebruiken, maar dat de gebruiker de software niet mag verveelvoudigen of openbaar maken.⁹ Deze zin valt onmogelijk met de vorige te rijmen. De verkrijger mag zijn software gebruiken op basis van zijn eigendomsrecht, maar mag de software pas ‘daadwerkelijk’ gebruiken op basis van zijn licentierecht. De vraag blijft in de lucht hangen: is gebruik toegestaan op basis van (louter) het eigendomsrecht van de verkrijger of is juist een auteursrechtelijke licentie vereist? De vervolgvraag, welke de betekenis is van art. 5 SwRI, laat zich dan ook niet aan de hand van haar analyse beantwoorden.

⁵ P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk*, Deventer: Kluwer 2004; J.C. Van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

⁶ Kleve en Van der Steur achten eigendomsoverdracht overigens ook aanwezig wanneer de software niet op een drager, maar via een computernetwerk als het Internet zou zijn ‘aangeleverd’. Op de problematiek van het downloaden ga ik hieronder niet nader in. Zie nader Kleve, a.w. p. 174 e.v. en Van der Steur, a.w., p. 177-178. Zie: E.D.C. Neppelenbroek, ‘De verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet,’ *NJB* 2006/10, p. 560-566 [hier hoofdstuk 7].

⁷ Van der Steur, a.w., p. 175.

⁸ Van der Steur, a.w., p. 176. Ik zou in dit geval spreken van ‘mogen gebruiken.’ Men kan uiteraard daadwerkelijk onbevoegd gebruik maken van een exemplaar zonder licentie.

⁹ Van der Steur, a.w., p. 182.

Ook Kleve neemt als uitgangspunt dat in een casus als hierboven geschetst B de eigenaar wordt van het softwareproduct.¹⁰ Hij acht het onderbrengen van tijdelijke verveelvoudigingshandelingen als laden onder het auteursrecht hoogst ongewenst. Mede in dat licht is hij van mening dat art. 4a SwRI (art. 45i Aw), waarin dat gedaan is, reeds bij de invoering achterhaald was. Naar aanleiding van een specifieke interpretatie van de geïmplementeerde richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij komt hij tot de conclusie dat kopieerhandelingen die uitsluitend plaatsvinden in het kader van gegevensverwerking vrij zijn.¹¹ Dientengevolge is ook het gebruik vrij en heeft ook art. 5 SwRI (art. 45j Aw) geen zelfstandige betekenis. Daarmee kan tevens de ‘mistige’ figuur van de licentieovereenkomst waarbij de producent aan de verkrijger een gebruiksrecht verleent, in de prullenbak. De verkrijger koopt gewoon zijn software-exemplaar.¹²

Wat betekent dit voor de casus? Verkrijger B is eigenaar en mag op basis van zijn eigendomsrecht en gezien de uitputtingsregel de software gebruiken en erover beschikken. De vraag is echter of B dan ‘zomaar’ de software mag installeren op een server en deze voor twintig werkplekken toegankelijk mag maken. Dat mag van Kleve dan weer niet: intern netwerkgebruik is naar zijn opvatting te zien als een aan de auteur voorbehouden openbaarmaking, waarvoor toestemming in de vorm van een licentie is vereist.¹³ De eigenaar waaraan Kleve denkt is dus een natuurlijke persoon die slechts op één computer de software voor zichzelf gebruikt. Bij netwerkgebruik wordt de ‘schimmige’ licentieovereenkomst op basis van het reproductierecht vervangen door die op basis van het openbaarmakingsrecht. Als B zijn softwarepakket wenst over te dragen en het de derde mogelijk wil maken om de software op een netwerk te laten gebruiken, dan zal hij de bijbehorende licentie ook over moeten dragen (als dat contractueel niet is verboden of onmogelijk gemaakt).

3.3.2 Tweede benadering: voorwaarden gelden ‘inter partes’

Bij de tweede en derde benadering wordt ervan uitgegaan dat het reproductierecht van art. 4 SwRI zich in beginsel wel uitstrekt over de tijdelijke reproductiehandelingen zoals het voor het gebruik van de software onontbeerlijke laden van de software in het werkgeheugen van de computer.

Binnen de tweede opvatting wordt het beoogde doel van art. 5 SwRI naar objectieve maatstaven bepaald. In het handboek auteursrecht worden genoemd: ‘de aard van het programma, de wijze waarop de rechthebbende dit op de markt aanbiedt en de functionaliteit die het programma volgens hem bezit.’¹⁴ In onze casus verkreeg B een netwerkversie van het softwarepakket X en werd

¹⁰ Zie Kleve, a.w. p. 182.

¹¹ Kleve, a.w. 210-211.

¹² Kleve, a.w., p. 180.

¹³ Kleve, a.w., p. 200-201.

¹⁴ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w., p. 596.

tussen A en B uitdrukkelijk afgesproken dat B het exemplaar op een netwerkserver mocht installeren en laten gebruiken vanaf twintig werkplekken. In de casus is sprake van een ‘netwerkversie’, dus het beoogde doel is netwerkgebruik van het programma X. De specifieke voorwaarden doen binnen deze opvatting niet af aan het objectief bepaalde beoogde doel.¹⁵

De specifieke gebruikvoorwaarde (intern netwerkgebruik op twintig werkplekken) werkt slechts tussen de contractspartijen A en B en heeft geen werking jegens derden. Als B zijn softwarepakket zou doorverkopen aan C, dan heeft de laatste in deze opvatting als rechtmatige verkrijger van het exemplaar een ‘objectief gebruiksrecht’ op grond van art. 5 SwRI (art. 45j Aw). Dat betekent dat C de ruimte heeft om, gezien het feit dat het hier om een netwerkversie gaat, zelf te bepalen hoe intensief hij de software zal laten gebruiken. Hij zou de software bijvoorbeeld kunnen laten gebruiken op een bedrijfsnetwerk voor 500 werkplekken, alhoewel hij daarvoor meer zou hebben moeten betalen als hij de software onder die conditie direct van A zou hebben betrokken. Het is derhalve mogelijk dat de derde een groter gebruiksrecht heeft dan de oorspronkelijke verkrijger.¹⁶

In het handboek Auteursrecht wordt een restrictie gemaakt op dit rechtsgevolg. Specifieke voorwaarden binden derden niet, ‘tenzij vaststaat dat dat zij daarmee bekend waren toen zij het programma verkregen.’¹⁷ Spoor c.s. gaan kennelijk uit van een subjectief bekendheidscriterium. Denkelijk is deze restrictie gemaakt om een opzetje tussen B en C te voorkomen.¹⁸ Dat sprake is van een opzet, zal door A moeten worden bewezen.

3.3.3 Derde benadering: voorwaarden gelden jegens derden

De derde benadering deelt, zoals gezegd, met de tweede de interpretatie van art. 4 SwRI dat de daarin genoemde gebruikshandelingen auteursrechtelijk relevant zijn. Voorts zijn zij praktisch gelijk als bij overeenkomst omtrent het gebruik

¹⁵ Hier is de opvatting van Spoor c.s. beschreven. Vergelijkbaar: P.C. van Schelven & H. Struik, *Software-recht: bescherming en gebruik van programmatuur sedert de richtlijn softwarebescherming*, Deventer: Kluwer 1995, p. 82-83, zij het dat zij de contractuele invulling van ‘beoogd gebruik’ primair stellen. Hoewel zij het mogelijk achten dat de contractueel ingevulde gebruikslicentie verder wordt overgedragen is dit volgens mij vooral een theoretische mogelijkheid: de derde-verkrijger van een exemplaar heeft volgens hen immers zelf al een gebruiksrecht op basis van art. 45j Aw, zoals ook Spoor c.s. betogen. Vergelijk ook: H. Struik, ‘Software in faillissement’, *TvI* 2002, p. 282-283. Eveneens vergelijkbaar: F.W. Grosheide, ‘Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap licenses,’ in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 308.

¹⁶ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w., p. 602.

¹⁷ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w., p. 602.

¹⁸ Een voorbeeld kan zijn: B schaft op instigatie van C een goedkope licentie aan met het doel om C aan een omvangrijk gebruiksrecht te helpen.

niet uitdrukkelijk iets is overeengekomen: dan moet het beoogde gebruik naar objectieve maatstaven worden vastgesteld. Zij verschilt met de tweede voor zover wél uitdrukkelijke afspraken omtrent het gebruik zijn gemaakt. Ik heb haar als uitgangspunt genomen van eerdere beschouwingen, zonder deze nadrukkelijk uit te werken. Ook Thole en (genuanceerd) Tjong Tjin Tai gaan van deze benadering uit.¹⁹

Binnen deze opvatting mag de auteursrechthebbende tot op zekere hoogte bepalen wat het beoogde gebruik is, bijvoorbeeld, als in de casus, tot een netwerkgebruik voor twintig werkplekken. Het feit dat de verkrijger ook nog eigenaar van de drager van de software wordt doet niet ter zake. Het eigendomsrecht is gezien art. 4a en 5 SwRI niet meer voldoende om van het softwareproduct gebruik te mogen maken. De auteur bepaalt dat en hoe de verkrijger mag gebruiken. Art. 5 SwRI wordt opgevat als contractenrecht. Als de auteursrechthebbende een verkrijger toestaat de software te zullen gebruiken staat het hun vrij hun relatie contractueel in te vullen. De beperking bestaat hieruit dat enige daarin (en in de volgende artikelen) genoemde rechten (zoals het recht op een reservekopie en het recht om fouten te herstellen) niet bij contract kunnen worden uitgesloten (art. 9 lid 1 SwRI/art. 45j e.v. Aw). Art. 5 SwRI geeft dus voor het invullen van de gebruikslicentie regelend recht, maar bevat tevens enige dwingende minimumrechten. Als geen uitdrukkelijke bedingen worden afgesproken, dan impliceert de rechtmatige verkrijging van de software met het oog op gebruik die van een licentie waarvan de omvang naar de (objectieve) maatstaven van art. 5 SwRI moet worden vastgesteld.

In onze casus verkrijgt B de licentie om de software op een intern netwerk door 20 personen te laten gebruiken. Dit is zijn vermogensrecht, naast het eigendomsrecht op de drager dat hem verder nergens toe berechtigt.²⁰ Als B de software aan C wil doorverkopen, dan gaat het er dus in deze opvatting om dat B aan C de gebruikslicentie verschaft. Als dat is gelukt mag C op zijn beurt de software op een netwerk installeren en door twintig personen vanaf een intern netwerk laten gebruiken.

Een andere methode om te bewerkstelligen dat de verdere overdracht van de software zonder verhinderingen kan plaatsvinden zou zijn om de contractuele gebruikslicentie te beschouwen als een kwalitatief recht in de zin van art. 6:251 BW, zoals Wessels heeft voorgesteld.²¹ In dat geval is geen overdracht van de licentie nodig, maar gaat het recht om het exemplaar daadwerkelijk te mogen gebruiken automatisch over met de verdere overdracht van het exemplaar. Deze 'oplossing' laat zich evenwel moeilijk inpassen als men bedenkt dat

¹⁹ E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 83, 85 en E.P.M. Thole, 'De juridische kwalificatie van de aanschaf van software', in: H. Struik e.a., *10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samson bedrijfsinformatie 1996, p. 29-54. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur', *CR* 2001-2, p. 60-65.

²⁰ Dit afgezien van de eigendom op eventuele gebruikshandleidingen, et cetera.

²¹ B. Wessels, 'Know-how en software in de mangel van het vermogensrecht', *NbbW* 1995-9, p. 99-101.

men dan datgene waar het nu juist niet om gaat (de verdere overdracht van het eigendomsrecht op een exemplaar, dat de verkrijger nergens toe berechtigt) primair stelt boven waar het werkelijk om gaat (de licentie die de verkrijger nodig heeft om van de software gebruik te mogen maken).

Voor de beantwoording van de vraag of de overdracht van B aan C slaagt, moet gekeken worden naar de overdraagbaarheid van de gebruikslicentie (art. 3:83 BW) en naar de vereisten voor overdracht: levering, titel en beschikingsbevoegdheid (art. 3:84 BW).

Nu vrij algemeen wordt aangenomen dat de auteursrechtelijke licentie een vorderingsrecht is, wordt van die kwalificatie uitgegaan.²² Vorderingsrechten zijn overdraagbaar, dus ook de gebruikslicentie van de verkrijger (art. 3:83 lid 1 BW). Ingevolge lid 2 van dat artikel kan de overdraagbaarheid van vorderingsrechten worden uitgesloten. Elders heb ik betoogd dat deze uitsluitingsmogelijkheid aan de licentiegever niet toekomt in het licht van de (dwingendrechtelijke) uitputtingsregel voor software.²³ Voor zover in onze casus A de licentie ‘niet-overdraagbaar’ zou hebben verklaard, dan mag B deze bepaling negeren. Als A aan B een contractueel verbod tot verdere overdracht oplegt, pleegt B wanprestatie indien hij de software toch overdraagt aan C. Dit regardeert C niet, behalve als hij van die wanprestatie onrechtmatig heeft geprofiteerd. Tjong Tjin Tai heeft voorts als nuance aangebracht dat elke bepaling die het gebruik van het programma voor derden onmogelijk maakt, zoals de beperkingen tot gebruik op één vooraf vastgestelde computer (een CPU- of OEM-clausule) of op één bepaalde locatie, in het licht van de uitputtingsregel niet jegens derden kan werken.²⁴ Uitdrukkelijke gebruiksvoorwaarden waarin het aantal gelijktijdige gebruikers of computers, zoals in onze casus, werken naar zijn mening wél jegens derden.²⁵ De opvatting waarbinnen de uitputtingsregel de rol speelt van maatstaf voor het al dan niet jegens derden werken van gebruiksvoorwaarden, noem ik de *genuanceerde* derde benadering.

Uit art. 3:94 BW volgt dat voor de geldige overdracht van een vorderingsrecht een akte en, eventueel, mededeling van die akte is vereist.²⁶ In het arrest Vliegssimulatie-software heeft het Hof aangenomen dat in dat geval, waarbij een partij stelde de software te hebben verkregen, de gebruikslicentie niet was overgedragen omdat geen akte kon worden overgelegd.²⁷ In mijn noot onder het arrest heb ik aangegeven dat de vormvereisten voor de overdracht van de gebruikslicentie op gespannen voet staan met de uitputtingsregel voor software.

²² Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w., p. 436-438, met aanhaling van verdere literatuur. Anders: Hof 's-Gravenhage 20 november 2003 CR 2004, 22 m.nt. Neppelenbroek, r.o. 13 (Vliegssimulatiesoftware).

²³ Zie E.D.C. Neppelenbroek, ‘Software en de uitputtingsregel’, *AMI* 2001 p. 125-132. Anders: Thole 1996, p. 47 en T.J. de Graaf in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 125, die er wel vanuit gaan dat de licentie niet-overdraagbaar kan worden gemaakt.

²⁴ Tjong Tjin Tai 2001, a.w., p. 63.

²⁵ Tjong Tjin Tai 2001, a.w., p. 65.

²⁶ Vergelijk: Struik 2002, a.w., p. 283.

²⁷ Hof 's-Gravenhage 20 november 2003 CR 2004, 22, m.nt Neppelenbroek, r.o. 13.

Als B van A de software heeft gekocht en de uitputtingsregel brengt met zich dat B de software vrijelijk mag doorverkopen, dan heeft A niets meer met een dergelijke transactie te maken.²⁸ Met de mogelijkheid van de ‘stille cessie’ (art. 3:94 lid 3) kan overigens zonder mededeling de overdracht worden bewerkstelligd. Het opmaken van een (geregistreerde) akte lijkt binnen de derde benadering voor de praktijk wél aan te raden. Is het niet omdat de akte voor de levering van de gebruikslicentie is voorgeschreven, dan toch omdat in de praktijk met de akte een bewijsmiddel voorhanden is van de titel voor de overdracht ervan. Indien een akte inderdaad een vormvereiste is voor de verdere overdracht van gebruikslicenties, heeft de auteur weliswaar niet de mogelijkheid om verdere overdracht te blokkeren, maar wel om de gangen van de door hem in het verkeer gebrachte software te kunnen volgen.

Het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid leidt tot de vraag of, wanneer in onze casus B zijn beperkte gebruikslicentie zou leveren als ware het een vrije netwerkversie, C op één of andere manier als derde kan worden beschermd. Art. 3:88 BW komt niet in beeld. In deze bepaling wordt namelijk de eis gesteld dat de derde-verkrijger (C) zich pas op zijn goede trouw kan beroepen als er bij een vorige overdracht (bijvoorbeeld tussen een voorganger van A en A) sprake was van een leverings- of titelgebrek. Van zo’n ‘vorige overdracht’ is hier geen sprake: het vorderingsrecht ontstond immers pas bij de vestiging van het recht tussen A en B.²⁹

Voor de vraag of C zich op de algemene derdenbeschermende bepaling, art. 3:36 BW, mag beroepen is beslissend of hij te goeder trouw op een verklaring of gedraging van A is afgegaan en dat hij op deze veronderstelling heeft voortgebouwd. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat er op de verpakking van het softwareproduct staat dat de verkrijger het recht heeft om de software vrijelijk te gebruiken op een intern netwerk. Als bekend is dat de software in het algemeen zonder uitdrukkelijke voorwaarden in het verkeer wordt gebracht, is wellicht verdedigbaar dat A zich jegens C niet mag beroepen op de bijzondere voorwaarden die hij met B heeft afgesproken. Voor zover A schade lijdt, zou hij zich dan moeten wenden tot B, die onterecht het gebruiksrecht groter heeft laten worden.

3.3.4 Verschillen

De uitleg van art. 4 en 5 SwRI is binnen de drie benaderingen totaal van elkaar verschillend. De uitkomsten in concrete gevallen verschillen ook, alhoewel minder drastisch dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken.

In de relatie A-B valt in de eerste plaats op dat in de eerste benadering het reproductierecht door A niet kan worden gehanteerd om het gebruik te rege-

²⁸ Aldus ook: Tjong Tjin Tai 2001, p. 63 noot 33.

²⁹ Als C de gebruikslicentie overdraagt aan D en C blijkt niet beschikkingsbevoegd wegens een gebrek in de levering of titel bij de overdracht B-C, komt art. 3:88 BW voor D wel in beeld, mits hij te goeder trouw is.

len. Zodra het, zoals in onze casus, gaat om netwerkgebruik van de software, heeft B wel toestemming nodig om de software op deze wijze openbaar te maken. B is slechts privaat-eigenaar van zijn exemplaar, voor het netwerkgebruik een licentienemer, en zal zich net als de gebruiker bij de tweede en de derde benadering aan de licentie moeten houden.

Bij de overdracht van de software van B aan C gaat het in de eerste benadering vooral om de overdracht van de drager (roerende zaak, levering via art. 3:90 BW) en, bij netwerkgebruik, om de verdere overdracht om de software aldus openbaar te maken. Bij de derde benadering staat de overdracht van de licentie op basis van het reproductierecht van art. 4a SwRI centraal. Hierbij komen problemen om de hoek kijken als de overdraagbaarheid van de licentie en de eisen die aan een geldige cessie gesteld moeten worden. Deze problemen zijn er niet in de tweede benadering: daar gaat het om de overdracht van het exemplaar, waarbij de opvolgende rechtmatige verkrijger op basis van art. 5 SwRI ‘automatisch’ een objectief gebruiksrecht krijgt.

In de relatie A-C verschillen de opvattingen naar hoe A de gebruiksvoorwaarden die hij B uitdrukkelijk heeft opgelegd, ook kan laten gelden jegens C. In de tweede opvatting gelden die voorwaarden niet voor C, tenzij A kan bewijzen dat C ervan weet had. Bij de derde opvatting gelden de uitdrukkelijke gebruiksvoorwaarden ook voor C, tenzij C te goeder trouw is afgegaan op een verwachting die A zelf heeft gewekt. Als men de genuanceerde derde benadering aanneemt, zoals Tjong Tjin Tai, geldt dat voorwaarden die het voortgezet gebruik door een derde kunnen verhinderen – zoals OEM- en CPU-bepalingen – in het licht van de uitputtingsregel slechts tussen partijen kunnen werken. In dat geval wordt de derdenwerking van uitdrukkelijke voorwaarden verder gerelativeerd. Hoezeer de tweede en derde benadering verschillen, zij trekken zo naar resultaat wat naar elkaar toe.

3.4 *Rechtsvergelijking*

Welke benadering wordt nu in ‘Europa’ verdedigd? Het is hachelijk om daarover een rechtsvergelijking te maken, aangezien in elk Europees land elke denkbare opvatting wel door iemand verdedigd zal worden. Om een eenzijdige beschrijving te vermijden behandel ik bronnen die een niet per se landgebonden ‘Europees commentaar’ geven op de artikelen van de softwarerichtlijn, alsmede enige algemene auteursrechthandboeken uit ons omringende landen. Meer dan een kleine inkijk in de bestaande literatuur kan hier niet gegeven worden. Wie goed zoekt, zal in andere bronnen ongetwijfeld iets anders van zijn gading vinden. Voorts is het natuurlijk zo dat op nationaal niveau de Europese richtlijn is geïmplementeerd in de nationaalrechtelijke omgeving, wat verschillen in benadering kan opleveren. Toch ziet men in de verschillende landen discussies met

goeddeels dezelfde posities en argumenten als de Nederlandse. Daarom kan een bespreking van de implementatiewetgeving nagenoeg achterwege blijven.³⁰

Bij de bespreking van de literatuur staan de volgende vragen centraal. Vallen gebruikshandelingen zoals het laden van software in beginsel onder het reproductierecht (art. 4 SwRI) van de auteur? Wordt het beoogde gebruik (art. 5 SwRI) aan de hand van het contract of (uitsluitend) aan de hand van objectieve maatstaven bepaald? Werken uitdrukkelijke contractsvoorwaarden inter partes of ook jegens derden en, als dit laatste het geval is, welke eisen worden dan aan de overdracht van het gebruiksrecht gesteld?

3.4.1 ‘Europese’ commentaren

Czarnota en Hart maken in hun commentaar op art. 4 SwRI in de eerste plaats duidelijk dat de in dat artikel in het bijzonder genoemde handelingen (laden, uitvoeren etc.) ‘as a consequence or an illustration’ in beginsel van toestemming van de auteur afhankelijk is.³¹ In art. 5 SwRI worden beperkingen genoemd waarvan men soms wel en soms niet bij contract kan afwijken.³² Het beoogde doel mag worden bepaald in het contract, bijvoorbeeld naar het aantal gebruikers of terminals. Bij stilzwijgen moet men kijken naar ‘circumstantial evidence’, zoals de technische capaciteit van de programmatuur.³³ Czarnota en Hart beschrijven uitsluitend de juridische relatie tussen de auteur en de verkrijger. Daarom kan weinig met zekerheid worden gezegd over de eventuele werking van specifieke gebruiksvoorwaarden jegens derden.³⁴ Wellicht beschouwen zij dit, net als de vraag of bij de aanschaf van software sprake is van koop,³⁵ als een nationaalrechtelijk probleem.

Dreier acht in ieder geval het in het algemeen voor het gebruik onontbeerlijke laden van de software als een aan de auteur voorbehouden handeling.³⁶ Het beoogde gebruik kan in het contract worden bepaald. De uitoefening van dat recht is volgens Dreier niet helemaal vrij. Daarbij maakt hij een onderscheid

³⁰ Uitzondering is het Engelse recht, waar een bijzondere bepaling omtrent de verdere overdracht van ‘elektronische exemplaren’, art. 56 CPDA 1988, die overigens al bestond voor de implementatie van de Softwarerichtlijn, invloed heeft op de uitleg van art. 4a/5 SwRI.

³¹ B. Czarnota & R.J. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe: a guide to the EC directive*, London: Butterworths 1991, p. 57.

³² Czarnota & Hart 1991, a.w., p. 64.

³³ Czarnota & Hart 1991, a.w., p. 65.

³⁴ Vergelijk Czarnota & Hart 1991, a.w., p. 60. Dat zij de uitputtingsregel uitsluitend van toepassing achten bij de verkoop van het exemplaar biedt ook geen helderheid. Men kan er even goed uit afleiden dat zij ‘dus’ vinden dat indien er wel uitdrukkelijke voorwaarden zijn afgesproken deze meegaan op derden, als die licentie al mag worden overgedragen, als dat de rechtmatige goederenrechtelijke verkrijging door een derde van een exemplaar een eigen gebruiksrecht op basis van art. 5 SwRI impliceert.

³⁵ Czarnota & Hart 1991, a.w., p. 65.

³⁶ T. Dreier, ‘The council directive of 14 may 1991 on the legal protection of computer programs’, *EIPR* 1991, p. 321.

tussen voorwaarden die slechts inter partes gelden en voorwaarden die ook jegens derden in te roepen zijn. Voorwaarden die in strijd met de uitputtingsregel voor software de verdere overdracht van de software voorkomt, zoals de bepaling dat software slechts op één vooraf bepaalde computer (ook wel CPU-clausule genaamd) gebruikt mag worden, gelden naar zijn oordeel slechts inter partes en niet jegens derden. Een bepaling die de gebruiksintensiteit stelt op het gebruik op één willekeurige computer geldt wél jegens derden.³⁷

In zijn uitvoerige beschrijving van de regels betreffende de Europese richtlijn komt Blocher tot een vergelijkbaar resultaat als Dreier. Ook hier wordt van een breed reproductierecht uitgegaan dat zich ook uitstrekt over de tijdelijke kopieerhandelingen zoals het laden van software. Ook Blocher is van opvatting dat het beoogd gebruik bij contract kan worden bepaald.³⁸ Het betrekkelijk vrije recht tot gebruik voor het beoogde doel in art. 5 SwRI typeert hij als het ‘Normalfall’, waarvan uitsluitend bij uitdrukkelijke overeenkomst kan worden afgeweken. Op de vraag of de uitdrukkelijke voorwaarden geldig zijn tussen partijen en ook derden binden, heeft Blocher een genuanceerd antwoord. Hij wijst er bijvoorbeeld op dat bepalingen in gebruiksvoorwaarden niet strijdig mogen zijn met de goede zeden of wettelijke regelingen (vergelijk voor Nederland: het mededingingsrecht, de algemene voorwaardenregeling en de redelijkheid en billijkheid). Verder mogen de beperkingen niet in strijd zijn met de minimumregeling in de richtlijn. Voor zover de beperkingen zijn toegestaan, maakt Blocher een onderscheid tussen bepalingen die slechts tussen partijen werken en die telkens overgedragen moeten worden als de software verder wordt overgedragen. Bepalingen die ook derden binden moeten in de eerste plaats voor die derden voorzienbaar zijn.³⁹ In de tweede plaats mogen de gebruiksbepalingen die ook derden binden de werking van de uitputtingsregel niet verhinderen. Hij gebruikt daarbij hetzelfde voorbeeld als Dreier, namelijk die van de ontoelaatbaarheid van de CPU-clausule. Als geen uitdrukkelijke gebruiksvoorwaarden overeen zijn gekomen, dient het toegestane beoogde gebruik naar objectieve maatstaven te worden vastgesteld.⁴⁰

Deze bronnen gaan uit van een breed geformuleerd reproductierecht, waaronder in ieder geval het voor het gebruik in het algemeen noodzakelijke laden van de software onder art. 4 SwRI valt. Voor de eerste benadering lijkt daarmee iedere steun te ontbreken.⁴¹ Voorts vloeit uit de commentaren van Dreier en Blocher voort dat – onder voorwaarden – de aanvankelijk door de auteursrechthebbende

³⁷ Dreier 1991, a.w., p. 322.

³⁸ Zie Blocher in: M.M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht, Kommentar*, Wien/New York: Springer, 2001, p. 185. Een andere lezing hebben: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. p. 596, noot 22.

³⁹ Als voorbeeld noemt Blocher gebruiksvoorwaarden in shrink-wrap licenses, mits rechtsgeldig tot stand gekomen (Walter (Blocher) 2001, a.w., p. 193).

⁴⁰ Walter (Blocher) 2001, a.w., p. 194.

⁴¹ Aangezien ook in de te behandelen nationale auteursrechtelijke handboeken die opvatting niet verdedigd wordt, zal ik mij hieronder niet telkens herhalen, en slechts de vraag bespreken of men van de tweede of de derde opvatting uitgaat.

aan de eerste verkrijger opgelegde gebruiksbeperkingen ook kunnen gelden jegens derden, en dat zij dus uitgaan van de derde benadering. Nu volgens hen ook weer niet alle bepalingen jegens derden werken, en dat de uitputtingsregel een rol speelt bij het bepalen welke licentievoorwaarden wel en welke niet op derden overgaan, brengen zij nuances aan binnen de benadering die vergelijkbaar zijn met die bijv. Tjong Tjin Tai in Nederland aanbrengt. Aangezien de Softwarerichtlijn niets regelt over de eventuele verdere overdracht van een gebruikslicentie vindt men hierover logischerwijze niets in deze commentaren op de richtlijn terug: dit is kennelijk een zaak van nationaal recht.

3.4.2 Nationale handboeken

In het Duitse handboek Schricker wordt ervan uitgegaan dat het beoogde doel van de software in de eerste plaats volgt uit de gebruiksvoorwaarden in het contract.⁴² Voor de relatie leverancier – gebruiker geldt dat de leverancier allerlei beperkingen kan opleggen die de ‘Art und Umfang’ van het gebruik vastleggen, zoals het gebruik vanaf slechts één computer of een vastgesteld aantal work stations.⁴³ Of derden als rechtmatige verkrijger kunnen worden aangemerkt hangt ervan af of de aanvankelijke verkrijger, gezien zijn overeenkomst met de leverancier, gerechtigd was de software verder over te dragen.⁴⁴ Voor zover de uitputtingsregel voor software van toepassing is, zijn overdrachtsuitsluitingen niet bindend, en kan de eerste verkrijger dus het software-exemplaar altijd aan een derde overdragen.⁴⁵ Het wordt mij niet geheel duidelijk of bij de verdere verkoop van software die aanvankelijk onder uitdrukkelijke voorwaarden geleverd zijn, deze uitdrukkelijke voorwaarden ook gelden voor de derde. Daarvoor spreekt dat erop gewezen wordt, dat de uitputting van het auteursrecht niet geldt voor het verveelvoudigingsrecht.⁴⁶ Daaruit zou men kunnen afleiden dat naast de eigendom van het exemplaar ook altijd nog het gebruiksrecht mee moet worden overgedragen. Men zou evenwel ook uit de opmerking dat de derde op grond van art. 69d UrhG (art. 5 SwRI) zelf een rechtmatige verkrijger wordt en dus de uitgeputte software mag gebruiken⁴⁷ afleiden dat de ‘Nutzungsrechte’ voor het gebruik ervan niet hoeven te worden overgedragen en dat de derde een nieuw, eigen gebruiksrecht verwerft op grond van de wet. In het eerste geval verhoudt zich de opvatting in het handboek van Schricker zich met de derde opvatting, anders met de tweede. In het Duitse handboek Fromm/Nordemann wordt ondubbelzinnig van de derde opvatting uitgegaan. In dat boek worden allerlei contractuele beperkingen (zoals netwerkbepalingen naar aantal gebrui-

⁴² Zie de bijdrage betreffende software van Loewenheim in G. Schricker e.a., *Urheberrecht: Kommentar*, München: Beck 1999, p. 1063-1132.

⁴³ Schricker (Loewenheim) 1999, a.w., p. 1111.

⁴⁴ Schricker (Loewenheim) 1999, a.w., p. 1108.

⁴⁵ Schricker (Loewenheim) 1999, a.w., p. 1103-1104.

⁴⁶ Schricker (Loewenheim) 1999, a.w., p. 1106.

⁴⁷ Schricker (Loewenheim) 1999, a.w., p. 1104.

kers) als Nutzungsrecht in ieder geval vanuit auteursrechtelijk oogpunt toelaatbaar geacht.⁴⁸ Vervolgens kunnen deze Nutzungsrechte weer verder verkocht en overgedragen worden, waardoor de opvolgende verkrijgers op hun beurt rechtmatige verkrijgers onder die voorwaarden worden.⁴⁹ Daarbij worden geen vormvereisten aan die verdere overdracht gesteld. Met name vindt art. 34 lid 1 en 4 UrhG, waarin staat dat de verdere overdracht van Nutzungsrechte aan de toestemming van de auteur gebonden kan worden, geen toepassing. Dit wegens de dwingende werking van de uitputtingsregel, waardoor de verkrijger vrij moet zijn om zijn gebruiksrecht op de software met het exemplaar door te verkopen.

In het Franse handboek Lucas/Lucas wordt na ampele overweging gekozen voor de tweede benadering. Twee overwegingen die bij de keuze een rol spelen acht ik van belang voor deze bijdrage. In de eerste plaats wordt het in dit handboek onvoorstelbaar geacht dat de auteur op grond van zijn reproductierecht jegens alle toekomstige verkrijgers van een software-exemplaar het doel van het gebruik kan opleggen. Dit zou mogelijk zijn indien de auteur het zogenoemde 'droit de destination' zou hebben.⁵⁰ Dit recht is volgens Lucas/Lucas in Frankrijk al omstreden, maar voor software kan dit recht al helemaal niet gelden, in verband met de uitputtingsregel voor software. Die laatste regel zorgt ervoor dat uitdrukkelijke, restrictieve clausules slechts inter partes werken.⁵¹ Dit betekent vervolgens dat de praktijk die wel wordt aangeduid als gebruikslicentiëring dezelfde is bij auteursrechtelijk beschermde als bij onbeschermde software: elke leverancier kan restrictieve voorwaarden aan zijn wederpartij opleggen.⁵² In mijn eigen woorden: uit deze opvatting vloeit voort dat met de softwarerichtlijn niet is beoogd de praktijk van de gebruikslicentiëring een basis vanuit het auteursrecht te geven.

In België wordt in het handboek De Visscher/Michaux ervan uitgegaan dat het beoogde gebruiksdoel tot op zekere hoogte bij contract kan worden bepaald.⁵³ De vraag of uitdrukkelijke gebruiksvoorwaarden mee overgaan naar derden wordt niet als een probleem ervaren. In een algemene beschouwing om-

⁴⁸ Zie de bijdrage van Vinck betreffende software in: W. Nordemann, K. Vinck & P.W. Hertin, *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrmungsgesetz*, Stuttgart: Kohlhammer 1998, p. 494. Ook gebruiksbeperkingen als OEM- en CPU-clausules acht Vinck werkzaam jegens derden. In het licht van het later verschenen OEM-arrest van het BGH lijkt deze mening evenwel voor het Duitse recht niet meer vol te houden (BGH 6 juli 2000, I ZR 244/67 (OEM-Version). In dat arrest maakte het BGH uit dat in het licht van de uitputtingsregel voor software OEM-bepalingen, die het gebruik van de software uitsluitend toestaan op de hardware waarop de software oorspronkelijk in het verkeer werd gebracht, niet werkzaam jegens derden. Een persoon die de softwareversie van de oorspronkelijke hardware 'afgeweeft' had mocht deze dus los van de oorspronkelijke hardware doorverhandelen.

⁴⁹ Fromm/Nordemann (Vinck) 1998, a.w., p. 492.

⁵⁰ Spoor 1976.

⁵¹ A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*, Parijs: Litec 2001, p. 216-217. Zie voor tegengestelde meningen p. 217, noot 103.

⁵² Lucas/Lucas 2001, a.w., p. 523.

⁵³ F. De Visscher & B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles: Bruylant 2000, p. 224-225.

trent de uitputtingsregel wordt ervan uitgegaan dat geen enkele redelijke auteursrechthebbende zich tegen de wederverkoop van exemplaren zal verzetten.⁵⁴ Welk recht de derde in het geval van software verkrijgt, wordt daarmee niet duidelijk gemaakt.

In Engeland wordt er in de handboeken Copinger/Skone James en Laddie/Prescott/Victoria vanuitgegaan dat de ‘intended purpose’ van software bij contract kan worden bepaald.⁵⁵ Voor de vraag of deze contractsbepalingen derden binden is art. 56 CDPA 1988 van belang. In dat artikel wordt als hoofdregel bepaald dat als naast de verkrijging van een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk impliciet of expliciet een gebruikslicentie verbonden is, een derde die het exemplaar verkrijgt mag doen wat de eerste verkrijger volgens de licentie was toegestaan. Als regel gaat de licentie dus mee met het exemplaar, zonder dat voor de verdere overdracht daarvan nadere eisen worden gesteld. Uitzondering daarop is het geval dat het de eerste verkrijger verboden is het exemplaar of de licentie over te dragen, of als in de licentie uitdrukkelijk is aangegeven in hoeverre de derde mag doen met de software wat de eerste verkrijger mocht doen op basis van zijn licentie. Deze bepaling wordt vooral van belang geacht bij de verdere overdracht van software, nu het enkele gebruik van de software in beginsel al auteursrechtelijke toestemming vereist. Deze bepaling bestond in Engeland al voor de implementatie van de softwarerichtlijn, en wordt daarmee kennelijk niet in strijd geacht. Hier wordt een maximale ruimte voor de auteur gecreëerd om ook jegens derden het gebruiksdoel van de software bij contract te bepalen. Dit strookt met de derde benadering, zonder dat daarbij in het licht van de uitputtingsregel nuances worden aangebracht zoals die zijn voorgesteld door Blocher, Dreier en Tjong Tjin Tai.

3.5 Evaluatie

Het doel van dit artikel is het in kaart brengen en vervolgens evalueren van de verschillende benaderingen die voor de op het eerste gezicht zo eenvoudig lijkende casus met auteur/leverancier A, eerste verkrijger B en derde C mogelijk zijn. Uit de beschrijving van enige binnen- en buitenlandse literatuur is duidelijk geworden dat verschillend over deze kwestie wordt gedacht. Toch zou het voor de in de inleiding genoemde personen in de rechtspraktijk prettig zijn als er eens eenduidigheid zou ontstaan. Niet alleen de nationale rechtszekerheid zou daarmee gediend zijn. Een eenduidige toepassing van de softwareregeling is ook binnen Europa noodzakelijk. Stel dat in onze casus A en B in een Europees land handelen waarbinnen de tweede benadering juridisch wordt aanvaard en C afkomstig is uit een land waar de derde opvatting wordt aanvaard. Als A en B

⁵⁴ De Visscher/Michaux 2000, a.w., p. 88.

⁵⁵ K.M. Garnett & G. Davies, *Copinger and Skone James on Copyright*, London: Sweet & Maxwell 1998, p. 535-536; H. Laddie, P. Prescott & M. Victoria, *The modern law of copyright and designs*, London: Butterworth 2000, p. 1638-1639.

afspreken dat B een netwerkexemplaar op twintig werkplekken mag doen gebruiken, is het beoogde doel ‘netwerkgebruik’. Dan is het voor C aantrekkelijk de software van B over te nemen en daarmee rechtmatige verkrijger voor netwerkgebruik te worden. Dit terwijl hij in eigen land een duurdere licentie had moeten aanschaffen of overnemen voor het gebruik op meer dan twintig werkplekken. Dergelijke situaties zouden vanuit Europeesrechtelijk oogpunt ongewenste gevolgen kunnen hebben.⁵⁶

De problematiek is zo ingewikkeld omdat de wetgever kennelijk twee gedachten had bij het ontwerpen van deze regeling. Aan de ene kant zag de wetgever de gebruiker als een gewone verkrijger van een exemplaar, die door de uitputtingsregel beschikkingsbevoegd is over zijn exemplaar en als rechtmatige verkrijger minimumsgebruiksrechten heeft. Vanuit de auteursrechthebbende gedacht wilde de wetgever daarentegen met een systeem van een breed reproductierecht en tot op zekere hoogte weg te contracteren gebruikersrechten de auteur een grote armslag geven om het gebruik van de software door een verkrijger te reguleren.

Hoe deze gedachten te verenigen? Bij de eerste benadering, zoals deze door Kleve wordt verdedigd, wordt een interpretatie van art. 4 SwRI gegeven die niet kan worden volgehouden. Verder lost zij als het gaat om netwerkgebruik niets op. Als men de verkrijger ‘gewoon’ als een eigenaar beschouwt houdt het eigendomsrecht volgens Kleve immers op waar het netwerkgebruik begint. Bij de ongenueanceerde derde benadering, die door Thole wordt verdedigd, krijgt de auteur de mogelijkheid om de verkrijger aan het (licentie-)touwtje te houden, zodat aan de belang van de verkrijger om het softwareproduct verder te verhandelen, voortvloeiend uit de uitputtingsregel, geen recht kan worden gedaan.

Het verschil tussen de tweede en de (genueanceerde) derde benadering ligt besloten in een verschillende interpretatie van art. 5 SwRI omtrent hoe het beoogde doel van het softwaregebruik wordt bepaald en wat de rol is van de beperking ‘tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen.’ De kernvraag die hier gesteld moet worden is door Lucas voor het Franse recht gesteld: Heeft het auteursrecht iets te maken met de specifieke bepalingen die door partijen in gebruikslicentieovereenkomsten zijn vastgelegd?

Binnen de tweede benadering wordt deze vraag ontkennend beantwoord. Het beoogde doel wordt hier bepaald door min of meer objectieve maatstaven, zoals de technische capaciteit van het programma en als wat voor versie het programma in het verkeer wordt gebracht. De auteur kan weliswaar uitdrukkelijke gebruiksbeperkingen opleggen, maar deze gelden slechts tussen partijen en niet jegens derden. Indien de derde rechtmatig de beschikking krijgt over het exemplaar, dan heeft hij een recht op basis van art. 5 SwRI (art. 45j Aw).

Naar mijn mening kan deze uitleg van art. 5 SwRI niet worden aanvaard. Met deze uitleg kan geen plausibele verklaring worden gegeven voor de vraag waarom de wetgever de zinsnede ‘tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk

⁵⁶ Zie hieromtrent nader bijvoorbeeld: J. Marly, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union: Abschied vom überkommenen Urheberrechtsverständnis*, München: Beck 1995, p. 205-206.

anders bepaald is,' überhaupt heeft opgenomen. Als de tenzij-zinsnede was weggelaten, dan had art. 5 SwRI hetzelfde betekend. Ter vergelijking: als A aan B de eigendom van (een exemplaar van) schilderij levert, kan hij evengoed met B afspreken dat hij het schilderij alleen op die en die plaats mag ophangen. Toch staat in art. 5:1 lid 1 BW niet: 'Tenzij anders is overeengekomen, is de eigendom het meest omvattende recht, etc.' Dat zou impliceren dat er nog er nog iemand is met een hogere positie dan die van eigenaar die bij contract iets van het eigendomsrecht 'af zou kunnen doen'. Bij het eigendomsrecht (immers het meest omvattende recht) is dat evident niet juist. Eventueel tussen de koper en verkoper afgesproken bepalingen werken daarom naast de eigendomsoverdracht slechts inter partes. De verkrijger van software zal daarentegen altijd een auteursrechthebbende boven zich weten, van wiens licentie hij afhankelijk is om de software te mogen gebruiken. Juist door de tenzij-zinsnede op te nemen heeft de wetgever een auteursrechtelijke basis gegeven voor een reeds bestaande licentiepraktijk.

Bij de derde benadering kan het beoogde doel wel bij contract worden bepaald. Hier hangt de tenzij-zinsnede wel samen met het beoogde doel en heeft de door de auteur en de eerste verkrijger bepaalde gebruiksintensiteit ook werking tegenover derden. Deze benadering is naar mijn mening te prefereren. Op deze wijze kan worden verklaard waarom de wetgever de zinsnede 'tenzij bij overeenkomst uitdrukkelijk anders bepaald is,' in art. 5 SwRI heeft opgenomen. Dit is gedaan opdat de auteur bij contract kan bepalen wat het beoogde doel is van de software en om zo de omvang van het gebruik ook in eenmalige (koop)transacties, zoals in onze casus aan de orde, naar maat te kunnen afrekenen. De auteur zou later niet geconfronteerd moeten worden met derden die de software veel intensiever mogen gebruiken dan de eerste verkrijger.

Voor het Franse recht heeft Lucas ook nog de vraag gesteld of de derde benadering wel mogelijk is in een systeem met een uitputtingsregel. Lucas beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens hem verkrijgt men op die manier een 'droit de destination' zoals dit bekend is in het Franse recht en waar de Europese regelgever kennelijk niet aan wilde. Naar mijn mening kan de derde benadering wél samengaan met de uitputtingsregel, mits daaraan de nuance wordt aangebracht zoals ten onzent door Tjong Tjin Tai en elders door onder anderen Blocher en Dreier. Dan kan een zinvolle invulling worden gegeven aan de uitputtingsregel voor software, zodat de rechtmatige verkrijger, ook als het gebruik aan uitdrukkelijke voorwaarden is gebonden, altijd beschikkingsbevoegd is om over de bij het exemplaar behorende licentie te beschikken. Uitdrukkelijke contractsvoorwaarden die verdere overdracht van de software beogen te verhinderen, zoals vervreemdingsblokkeringen en clausules die het gebruik van de software op één bepaald apparaat koppelen (CPU- en OEM-clausules) werken daarom slechts tussen partijen en niet jegens derden. De vereisten die art. 3:94 BW stelt aan de verdere overdracht maken het voor de auteur mogelijk de verdere gang van de software te volgen, maar niet om deze te blokkeren.

3.6 Slot

In dit artikel is een drietal benaderingen aan de orde gekomen voor de software-problematiek omtrent de auteursrechthebbende, de verkrijger van een exemplaar van de software en derden. De volgende casus stond centraal. A is auteursrecht-hebbende en leverancier van softwarepakket X. B schaft dat pakket aan onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat hij het netwerkeemplaar van de software mag installeren op een netwerkserver en laten gebruiken vanaf een intern netwerk voor 20 werkplekken. B wenst het pakket door te verkopen aan C.

De wortel van de verschillen in benadering is gelegen in de interpretatie van art. 4 en 5 SwRI. Als men art. 4 SwRI aldus interpreteert dat men bij het gebruik van de software geen auteursrechtelijk relevante reproductiehandelingen verricht, zoals in de eerste benadering besloten ligt, dan hebben deze bepalingen in casu geen betekenis. Is dat wel zo, zoals bij de tweede en derde benadering, dan komt de vraag op hoe de gebruikersrechten van art. 5 SwRI moeten worden opgevat, en met name of het beoogde doel van de software bij contract kan worden bepaald en of de zinsnede ‘tenzij bij overeenkomst anders is overeengekomen’ betekent dat de wetgever het de auteur heeft willen mogelijk maken om het contractueel bepaalde beoogde doel ook jegens derden te laten gelden.

Naar aanleiding van een beschrijving van enige Europese commentaren en enkele nationale handboeken uit ons omliggende landen heb ik laten zien dat de verschillen van mening niet alleen in Nederland bestaan. Eerlijk gezegd blijkt uit die analyse slechts dat de wetgever mogelijk ook niet geweten heeft wat hij wilde. Ik heb mijzelf geschaard onder degenen die de zogenoemde genuanceerde derde benadering hanteren. Deze gaat ervan uit dat de auteur inderdaad bij uitdrukkelijke contractvoorwaarden mag bepalen hoe intensief een in het verkeer te brengen softwareproduct gebruikt mag worden. Dit beoogde doel geldt in beginsel ook jegens derden: eerste verkrijgers zullen dus hun licentie verder moeten overdragen alvorens derden de titel ‘rechtmatige verkrijger’ mogen dragen. De nuance zit erin dat onder invloed van de uitputtingsregel die gebruiksvoorwaarden niet zijn toegestaan, die de werking ervan zouden ondermijnen, zoals vervreemdingsblokkeringen, CPU- en OEM-clausules.

Voor onze casus betekent dit het volgende. A heeft het beoogde doel uitdrukkelijk gesteld op installatie op een intern netwerk met toegang voor twintig personen. Als B de software aan C wil overdragen, is hij niet beschikkingsbevoegd om meer dan dat omschreven recht over te dragen. Het feit dat de software een netwerkversie is, berechtigt C bijvoorbeeld niet om de software op een veel groter intern netwerk te laten gebruiken. C zou hoogstens een beroep kunnen doen op art. 3:36 BW, als hij te goeder trouw heeft voortgebouwd op een verklaring of gedraging van A waaruit hij kon afleiden dat onbepaald netwerkgebruik wel was toegestaan. De bepaling in onze casus werkt door jegens derde C, omdat deze regeling van de gebruiksintensiteit geen spanning oplevert met de voor software geldende uitputtingsregel.

4. DE AANSCHAF VAN STANDAARDSOFTWARE EN DE TOEPASSELIJKHEID VAN HET KOOPRECHT

4.1 Inleiding

In dit artikel komt de vraag aan de orde naar het verschil tussen de traditionele koop van een exemplaar (zoals dat van een boek of een schilderij) enerzijds en de aanschaf van software anderzijds.¹ Kan het kooprecht van toepassing zijn bij de aanschaf van standaardsoftware, en zo ja, onder welke omstandigheden?² Gezien enige tijd geleden gedane uitspraken daarover van de minister van Justitie bij de behandeling van de regeling omtrent ‘overeenkomsten op afstand’ lijkt de eerste vraag positief te moeten worden beantwoord.³ Toch is het naar mijn mening geraden de discussie over dit onderwerp aan een nadere beschouwing te onderwerpen, al is het maar om de betekenis van de woorden van de minister op precieze waarde te kunnen schatten.

De vraag naar de juridische kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van software is zowel in Nederland als Duitsland berucht.⁴ Bij de beantwoording ervan spelen verschillende complicerende factoren een rol. Deze kunnen verklaren waarom velen in de literatuur zeggen dat de aanschaf van standaardsoftware niet of niet zonder meer gelijk kan worden gesteld aan de koop van een exemplaar van een boek of een schilderij, waarbij vanzelfsprekend sprake is van de koop van een stoffelijke zaak.

Eén daarvan is dat de beantwoording van de vraag naar het juridische karakter van software als rechtsobject haar schaduw al vooruit werpt naar die op de vraag naar de kwalificatie van de overeenkomst.⁵ Concreet betekent het dat zij die software als een stoffelijke zaak beschouwen de aanschaf van standaard-

¹ Ik dank Prof. M.H. Wissink voor de nuttige opmerkingen bij dit artikel. Verder gaat mijn dank uit naar Prof. H.W.K. Kaspersen en Prof. J.H. Spoor voor hun commentaar bij een eerdere versie van dit stuk.

² Andere automatiseringsovereenkomsten, zoals adviescontracten en softwareontwikkelingcontracten, waarin de arbeidsverhouding tussen opdrachtgever en -nemer centraal staan, komen niet aan de orde. Deze zijn niet vergelijkbaar met de koop van traditionele exemplaren (meestal ook standaardproducten).

³ Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 861, nr. 5, p. 5-6, waarover hieronder nader.

⁴ Girot noemt de discussie erover zonder duidelijke uitspraak van de wetgever ‘doomed to eternal contention’ (C. Girot, *User protection in IT contracts: a comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology* (diss. Tilburg), Den Haag: Kluwer law international 2001, p. 172). Köhler en Fritzsche noemen de Duitse literatuur en jurisprudentie over de ‘Überlassung von Software’ al in 1993 ‘allmählich unüberschaubar’ (H. Köhler & J. Fritzsche, ‘Die Herstellung und Überlassung von Software im Bürgerlichen Recht’, in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 515, noot 2).

⁵ Girot 2001, a.w. noot 4, p. 171-173.

software vaak om die reden beschouwen als de koop van die zaak. Zij die van mening zijn dat software geen zaak is, wijzen om die reden (directe) toepassing van het kooprecht af.

Voorts is de omstandigheid dat software vrijwel altijd een auteursrechtelijk beschermd werk is een complicerende factor. Er bestaat een omvangrijke discussie over de reikwijdte van het auteursrecht op software en vooral rond de vraag of de auteursrechthebbende het gebruik dat een verkrijger van software mag maken op grond van zijn auteursrechtelijke bevoegdheden contractueel mag bepalen. Hieronder zal er telkens vanuit worden gegaan dat de software auteursrechtelijk is beschermd, en dat de eerste verkrijger een licentie van de auteursrechthebbende verkrijgt, op basis waarvan de verkrijger de software op een bepaalde manier mag gebruiken.⁶ De auteursrechtelijke regeling voor software, een implementatie van de zogenoemde Softwarerichtlijn, treft men aan in art. 45h Aw en verder.⁷ De discussie spitst zich toe op de vraag of de auteur op basis van zijn verveelvoudigingsrecht (art. 45i Aw) mag bepalen dat en hoe de verkrijger van een exemplaar van de software mag gebruiken en welke rol de gebruikersrechten, genoemd in art. 45j Aw en verder, daarbij spelen.⁸ Sommigen betogen dat het auteursrecht nooit zover kan gaan dat de auteur mag bepalen dat en hoe een verkrijger van een exemplaar dit mag gebruiken, terwijl daarvan in de auteursrechtelijke literatuur veelal juist wél wordt uitgegaan. Voor deze bijdrage is deze discussie in zoverre van belang, dat afhankelijk van de interpretatie van de reikwijdte van het auteursrecht de aanschaf van software de transactie al dan niet (mede) kan worden beschouwd als het verlenen van een licentie voor het gebruik van de software. Is dat zo, dan wordt het problematisch om die licentieverlening als een koopovereenkomst aan te merken.

Ten slotte wordt de beantwoording van de kwalificatievraag soms gecompliceerd door achterliggende wensen, zoals de mogelijkheid de consument te laten profiteren van de dwingende bescherming van titel 7.1 BW.

In deze bijdrage geef ik een vijftal casus waarbij over de vraag of het kooprecht van toepassing is, kan worden gediscussieerd. Daarop volgend beschrijf ik de discussie in Nederland. Eerst komen de opmerkingen van de minister en de jurisprudentie over dit onderwerp aan de orde. Verder beschrijf ik de verschillende in de literatuur verdedigde opvattingen. Daarna doe ik hetzelfde voor het Duitse recht. Ten slotte evalueer ik de verschillende opvattingen, ten einde tot een oordeel te komen. Ik zal verdedigen dat het auteursrechtelijke karakter van

⁶ Deze vereenzelviging van de auteursrechthebbende met de leverancier is een welbewuste vereenvoudiging van de problematiek. In feite kunnen er tussen de auteur en de verkrijger tussenhandelaren zijn. Voor zover deze niet handelen namens de auteur, kunnen zij op verschillende wijzen zelf bij de aanschaf van de software betrokken zijn. Deze casus, hoewel ook interessant, komen hieronder niet aan de orde.

⁷ Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991, L 122/42.

⁸ Vergelijk over de uitleg van art. 45i en j Aw onder meer: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur', *CR* 2001-2, p. 60-65; Spoor, Verkade en Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 594 e.v.; E.D.C. Neppelenbroek, *Software: 'De auteur, de verkrijger en derden'*, nog te verschijnen [hier hoofdstuk 3].

de overeenkomst er niet aan in de weg staat dat onder bepaalde wèl te omschrijven omstandigheden de (analoge) toepassing van het kooprecht mogelijk en geboden is. Het gaat om die gevallen waarbij de verkrijger van de software tegen een eindprijs een onopzegbaar recht krijgt om de software te mogen gebruiken.

4.2 Vijf casus⁹

Casus 1: apparaat met software

Consument A gaat naar witgoedwinkel B en schaft zich daar een magnetron, merk C aan, waarin het één en ander aan 'embedded software' is verwerkt. A treft in de algemene voorwaarden geen contractsbepalingen over (het gebruik van) de software aan.

Casus 2: softwarepakket 'over the counter'

Consument X gaat naar warenhuis Y. In de kantoorafdeling rekent hij een doos, bevattend softwareproduct Z-soft, af bij de kassa. Op de doos staat vermeld dat X bij opening van de doos gebonden is aan de gebruiksvoorwaarden die in de doos zijn bijgevoegd. Thuis haalt hij de software, vastgelegd op een cd-rom, uit de krimpfolieverpakking. Hij treft in de doos de gebruiksvoorwaarden aan van de auteursrechthebbende producent van de software.¹⁰ Daaruit blijkt onder meer dat X van de producent/auteursrechthebbende van Z-soft een niet exclusieve en niet overdraagbare licentie heeft verkregen voor het gebruik van het software-

⁹ Ik pretendeer met deze casus originaliteit noch uitputtendheid. Deze casus zijn onder meer geïnspireerd door Th. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf: ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware*, München: Beck 1989. E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991 en H. Haberstumpf, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen*, in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 69-167.

¹⁰ In de door mij bestudeerde contracten die worden gehanteerd bij de aanschaf van softwarepakketten die men kan betrekken bij de detailhandel blijkt algemeen van de bedoeling dat een gebruikslicentie ontstaat bij de aanschaf van de software door de verkrijger en dat deze geldt tussen de verkrijger en de auteursrechthebbende. De detaillist fungeert hier uitsluitend als 'doorgeefluik'. De door de auteursrechthebbende bij de (soms in krimpfolie verpakte) softwarepakketten gevoegde licentieovereenkomsten worden 'shrink-wrap' licenties genoemd. Zie over de toepasselijkheid van deze en dergelijke contractsvoorwaarden nader R.J.J. Westerdijk en F. van der Klaauw, 'De shrink-wrap licentie', *CR* 1991-1, p. 18-24; F.W. Grosheide, 'Shrink-wrap-license', *WPNR* 1997, p. 153-154; Girot 2001, a.w., p. 283-306, en de voortgaande discussie naar aanleiding van M.W. Scheltema en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?' *CR* 2003-4, p. 244-248, met reacties van P.H. Blok en T.J.M. de Weerd, *CR* 2004, 19 en Westerdijk, *CR* 2004, 45 en het naschrift bij beide reacties. Zie voorts Rb Amsterdam 24 mei 1995, *CR* 1997/2, p. 63-65 (Coss Holland/TM Data), waarover hieronder in een ander verband nader.

product. De licentie geeft de verkrijger het recht om Z-soft op één thuiscomputer te installeren en uitsluitend vanaf die computer te gebruiken. De gebruikslicentie is gesloten voor onbepaalde tijd. De producent/auteursrechthebbende heeft het recht de licentie te ontbinden indien de verkrijger zich niet aan de gebruiksvoorwaarden houdt.

Casus 3: telesoftware

Consument H vindt op Internet een Nederlandse website waarop het software-product 'I-soft' aangeboden wordt voor een bepaalde prijs. H heeft interesse voor dit product en meldt zich daarom bij de aanbieder aan. Met de gegevens van zijn creditcard verschaft hij zich de mogelijkheid (via een password) het computerprogramma en een handleiding te downloaden. Bij de overeenkomst zijn geen specifieke gebruiksvoorwaarden afgesproken.

Casus 4: softwarepakket met 'site-license' en helpdesk service

R wenst binnen zijn bedrijf gebruik te maken van softwarepakket S-soft. R sluit daartoe met auteursrechthebbende/leverancier S een site-license agreement af, welke R het recht geeft om de software te doen gebruiken op haar client/server systeem, en wel op 100 tot 150 werkplekken. Partijen sluiten verder een servicecontract waarbij werknemers het recht verkrijgen gebruik te maken van een helpdesk. Voor de software wordt een eenmalige licentievergoeding betaald; voor de helpdesk service moet halfjaarlijks een vergoeding worden betaald, bestaande uit een vast bedrag, evenals een vergoeding gerelateerd aan het daadwerkelijke gebruik van de helpdesk. De serviceovereenkomst kan elk half jaar worden opgezegd. Bij opzegging van de serviceovereenkomst vervalt niet het recht om S-soft te gebruiken.

Casus 5: PC met applicatiesoftware

K koopt in een winkel van L een personal computer. Op de harde schijf van deze computer is applicatiesoftware M vastgelegd. K krijgt een reserve-exemplaar van deze software mee. K verkrijgt het recht om twee jaar van de software gebruik te maken; dan zal K het reserve-exemplaar moeten inleveren en de software van de harde schijf verwijderen.

4.3 *Nederland*

4.3.1 Wetgeving

In de nationale en internationale wetgeving over koopovereenkomsten en software kunnen geen eenduidige aanwijzingen worden ontleend over de vraag of

het kooprecht van toepassing is op de aanschaf van software. Het is bijvoorbeeld omstreden of Het CISG (het Weense Koopverdrag) van toepassing is bij de aanschaf van (standaard)software.¹¹ Ook de Europese Softwarerichtlijn biedt op dit punt geen duidelijkheid, hoewel in één van de bepalingen van die regeling van het begrip ‘eerste verkoop’ gewag gemaakt wordt.¹² De beantwoording van de vraag of en wanneer sprake is van een koopovereenkomst is een kwestie van nationale uitleg.¹³

De minister van justitie heeft zich in het wetgevingstraject voor de regeling van ‘overeenkomsten op afstand’, inmiddels geïmplementeerd in afdeling 7.1.9a BW,¹⁴ wél uitgelaten over de kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van standaardsoftware. De minister werd gevraagd of de kooptitel van toepassing kan zijn bij de elektronische levering van software (vergelijk casus 3).¹⁵ Het antwoord daarop luidde:

‘Inderdaad kan de elektronische levering van software niet worden beschouwd als de levering van een roerende zaak. Dit betekent evenwel niet noodzakelijkerwijs dat daarop de regels van titel 7.1 BW inzake koop niet van toepassing kunnen zijn. Gedacht kan worden aan het geval dat de elektronische levering van software de koop van een vermogensrecht oplevert. In dat geval zijn de bepalingen inzake koop van toepassing voor zover dat in overeenstemming is met de aard van het recht.’¹⁶

¹¹ In Nederland voor toepasselijkheid: R.I.V.F. Bertrams, ‘Enige aspecten van het Weens Koopverdrag’, *Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad 1995, p. 28-29. Tegen: E.P.M. Thole ‘De juridische kwalificatie van de aanschaf van software,’ in: H. Struik e.a., 10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst, Alphen aan den Rijn: Samson bedrijfsinformatie 1996, a.w., p. 48-52, alwaar verwijzing naar internationale literatuur.

¹² Zie art. 4c Softwarerichtlijn. Hierin wordt de zogenoemde uitputtingsregel gegeven, waarover nader: E.D.C. Neppelenbroek, ‘Software en de uitputtingsregel’, *AMI* 2001-6, p. 125-132. Ook in het evaluatieverslag van de commissie wordt geen ‘verlossend woord’ gesproken, alhoewel daarin blijkt dat de commissie ervan uitgaat dat de uitputtingsregel alleen van toepassing is bij ‘de verkoop van kopieën, d.w.z. goederen, terwijl de levering via onlinediensten geen uitputting ten gevolge heeft’ (Verslag van de commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economische en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s, *COM* (2000) 199 def), p. 17). Uit deze opmerkingen omtrent de toepasselijkheid van de uitputtingsregel voor software kan evenwel niet worden opgemaakt wanneer het kooprecht precies van toepassing is bij het aanleveren van dragers, en evenmin of het kooprecht niet van toepassing is bij ‘elektronische levering.’

¹³ Aldus: B. Czarnota & R.J. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe: a guide to the EC directive*, London: Butterworths 1991, p. 60. Vergelijk ook: Thole 1996, a.w. noot 11, p. 39-41. Ook de (implementatie van de) richtlijnen consumentenkoop (Richtlijn 99/44/EEG, *PbEG* 1999 L 171) en elektronische handel (Richtlijn nr. 2000/31/EG, *PbEG* 2000, L 178) geven geen nadere aanwijzingen voor deze kwalificatievraag.

¹⁴ 12-01-2001, Stb. 25. Iwtr: 01-02-2001; Bron iwtr: 11-01-2001, Stb. 24.

¹⁵ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 861, nr. 4, p. 3.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 861, nr. 5, p. 5.

Voortgaande op het thema geeft de minister eveneens zijn opvatting over de kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van software op een drager (vergelijk casus 2).

‘Een en ander neemt niet weg¹⁷ dat een overeenkomst op afstand uiteraard wel betrekking kan hebben op de verschaffing van informatie- en communicatietechnologie aan de consument. Van de omstandigheden van het geval zal afhangen of sprake is van de koop van een zaak of van een vermogensrecht, al dan niet in combinatie met het verrichten van een dienst. Zo zal in het geval van de aanschaf van op een CD-ROM of een diskette opgenomen software sprake zijn van de koop van een roerende lichamelijke zaak.’¹⁸

De minister heeft zich bij deze uitspraak laten leiden door het advies van de SER-commissie Consumentenaangelegenheden (CCA) ‘ICT en de consument’ uit 1998.¹⁹ De CCA adviseerde daar (onder meer) dat de (ratio van de) overeenkomsten van opdracht, alsmede die van koop geschikt is als kwalificatie van overeenkomsten voor de aanschaf van software. Zij wijst daarbij op de in de voor deze benoemde overeenkomsten uitgewerkte en naar de mening van de commissie passende rechten en verplichtingen, en daarbij in het bijzonder naar de dwingende consumentenbeschermde bepalingen. Zij voegt daaraan toe dat het uit rechtszekerheidsoverwegingen wenselijk is de aanschaf van software zoveel mogelijk ofwel te kwalificeren als een overeenkomst tot opdracht, ofwel als koopovereenkomst.²⁰ Voor de aanschaf van standaardsoftware acht zij het kooprecht direct van toepassing voor zover de software op een drager (als zaak) wordt aangeleverd. Van een opdrachtovereenkomst is sprake als aan standaardsoftware aanpassingen dienen te worden verricht. Hierbij doet, aldus de commissie, niet ter zake of de overeenkomst al dan niet elektronisch *tot stand is gekomen*. Wel maakt het verschil uit of de software op een drager of over een computernetwerk wordt *aangeleverd*. In dat laatste geval kan men, aldus de commissie, niet spreken van een roerende lichamelijke zaak, maar moet men spreken van dienstverlening. In dat geval moeten de koopregels niettemin zoveel mogelijk worden toegepast. De reden die de commissie daarvoor aandraagt is dat de consument nu eenmaal geen verschil ziet tussen het downloaden van de computer en de aanschaf van softwareproducten in een winkel. Opvallend is dat de commissie, zoals de wetgever wel deed, de schakelbepaling van art. 7:47 BW niet noemt als aanknopingspunt voor de kwalificatie als koop bij ‘elektronische levering’. In de slotbeschouwing maakt de CCA nog een terzijde dat haar analyse van de kwalificatie van de aanschaf van software wat haar betreft los staat

¹⁷ In de passage hiervoor wijst de minister erop dat deze problematiek eigenlijk niet te maken heeft met de problematiek die geregeld wordt door de richtlijn ‘koop op afstand’. De opmerkingen over de kwalificatie dienen derhalve te worden aangemerkt als ‘overwegingen ten overvloede’.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 861, nr. 5, p. 5-6.

¹⁹ CCA 1998/09.

²⁰ CCA 1998/09, p. 57-61, 74-75.

van de kwalificatie van dergelijke software in het kader van bijvoorbeeld de intellectuele eigendom.²¹

4.3.2 Jurisprudentie

In de Nederlandse rechtspraak kunnen weinig duidelijke aanwijzingen worden gevonden voor de oplossing van de kwalificatievraag voor de overeenkomsten zoals welke in de bovenstaande casus zijn beschreven. Wellicht gaat dat naar aanleiding van de uitspraken van de minister veranderen.

In de rechtspraak wordt wel van een koopovereenkomst gesproken als het gaat om de aanschaf van hardware en/of software, maar daarmee wordt nog geen principiële uitspraak gegeven of en onder welke omstandigheden de kwalificatie koop geboden is. Daarbij speelt waarschijnlijk een rol dat in de aan de rechter ter beoordeling gegeven zaken vrijwel altijd sprake is van professionele contractspartijen, en niet van een professionele leverancier tegenover een consument, zodat de rechter ook nooit is gevraagd uit te spreken dat het kooprecht al dan niet dwingend van toepassing is of kan zijn (art. 7:6 BW).

Voor zover een oordeel gegeven wordt over de aanschaf van standaardsoftware is het moeilijk te achterhalen of een uitspraak gedaan wordt over de kwalificatie van de overeenkomst. Vaak wordt bij de beoordeling van de *kwaliteit* van de software de letterlijke kwalificatie 'koop' vermeden, maar wordt wel de conformiteitsmaatstaf van art 7:17 BW toegepast.²²

De zaak Olyslager/Intermation levert een illustratief voorbeeld.²³ Intermation had Olyslager een tekstverwerkend softwarepakket met vooraf bepaalde eigenschappen beloofd. Olyslager had namelijk uitdrukkelijk bedongen dat het pakket geschikt zou zijn om te functioneren voor de bestanden die zij in haar oude automatiseringsomgeving had opgebouwd. De overgang van het oude naar het nieuwe systeem bracht echter allerlei problemen met zich. Nu Intermation een vlekkeloos werkend pakket had beloofd zonder dat er aanpassingen aan de software hoefden te worden aangebracht, achtte de rechter wanprestatie aanwe-

²¹ CCA 1998/09, p. 74, noot 2.

²² Pres. Rb. Amsterdam 16 oktober 1986, *CR* 1987, p. 42 (Olyslager/Intermation) m.nt. Kortmann; Rb. Den Haag 25 november 1987, *CR* 1988, p. 158 (Olyslager/Intermation); Rb. Den Bosch 15-1-1988, *CR* 1993, p. 26 (Micro Software/Avic); Rb. Den Bosch 23 juni 1989, *CR* 1993, p. 28 (Micro Software/Avic); Hof Den Bosch 4 februari 1991, *CR* 1993, p. 29 (Micro Software/Avic); Hof Den Bosch 9 juni 1992, *CR* 1993, p. 30 (Avic/Micro Software); Pres. Rb. Amsterdam 28 mei 1998, *CR* 1998, p. 193 (Wedel/M&I); Hof Amsterdam 27 mei 1999, *CR* 1999, p. 199 (Wedel/M&I); Pres. Rb. Den Bosch 5 november 1998, *CR* 1999, p. 140 (NFDA/Kalamazoo) m.nt. Rinzema; Pres. Rb. Almelo 16-7-1999, *CR* 1999, p. 252 (Genap/Improve) m.nt. Struik; Rb. Den Haag 11-7-2001, *CR* 2001, p. 268 (Wolfsbergen/Exact); Rb. 's-Hertogenbosch 13-10-2004, *CR* 2005, 13, p. 84-95 ((Effi/Inducom/Exact) m.nt. De Graaf.

²³ Pres. Rb. Amsterdam 16 oktober 1986, *CR* 1987, p. 42 (Olyslager/Intermation) m.nt. Kortmann; Rb. Den Haag 25 november 1987, *CR* 1988, p. 158 (Olyslager/Intermation).

zig. De mogelijkheid om de oude bestanden binnen het nieuwe pakket te kunnen gebruiken behoorde namelijk een eigenschap van het geleverde pakket te zijn. Deze kwaliteitsbeoordeling van het standaardproduct rijmt zonder meer met de conformiteitsmaatstaf van art. 7:17 lid 2 BW.²⁴

Hetzelfde geldt voor de zaak Genap/Improve.²⁵ In dit geval leverde Improve aan Genap onder meer software die niet millenniumbestendig bleek. De rechter overwoog dat Improve gehouden was ‘om een systeem samen te stellen dat de eigenschappen bezat die Genap op grond van de overeenkomst mocht verwachten.’ Nu Genap naar het oordeel van de rechter mocht verwachten dat het systeem ook na 1 januari 2000 zou werken beval hij Improve deze fouten tijdig te herstellen. Zie tenslotte ook het vonnis inzake WOB/Exact.²⁶ Daar overwoog de rechter dat ‘niet gesproken kan worden van een pakket dat aan de overeenkomst beantwoordde.’

Staat in de beoordeling niet de kwaliteit van de (standaard)software centraal, maar de bevoegdheden van de verkrijger daarvan, dan blijkt de (directe) toepassing van het kooprecht minder voor de hand te liggen. Toch zijn ook hier uitspraken te vinden waar uitdrukkelijk van een koopovereenkomst wordt gesproken. In dit verband is nog het meest uitgesproken de uitspraak inzake Coss/TM Data.²⁷ In dat geval sprak de verkrijger, Coss, de distributeur, TM Data, aan wegens het niet goed functioneren van de standaardsoftware dbVista van de auteursrechthebbende, Raima. TM Data verweerde zich in de eerste plaats met de stelling dat deze aan de overeenkomst had voldaan nu zij een licentieovereenkomst heeft verschaft aan Coss. Immers: in de verpakking van het softwarepakket bevond zich een set met gebruiksvoorwaarden van auteursrecht-hebbende Raima. Toen Coss de verpakking opende, ontstond een overeenkomst tussen Coss en Raima, aldus TM Data. Vanaf dat moment, zo begrijp ik het verweer, was TM Data niet meer betrokken bij de aanschaf van de software, en kon uitsluitend Raima contractueel worden aangesproken door Coss. Voor zover er wel een contractuele band bestond tussen TM Data en Coss, beriep TM Data zich subsidiair op een van toepassing zijnde exoneratieclausule. De rechter moest onder meer een antwoord geven op de vraag of er een contractuele band tussen Coss en TM Data bestond.²⁸ Aan deze vraag wijdt de rechtbank de volgende overweging:

‘Uit hetgeen in deze procedure is gesteld en gebleken kan niet worden geconcludeerd dat partijen zijn overeengekomen dat aan Coss meer dan een diskette met dbVista en een gebruiksrecht voor dat programma werd verkocht. Een dergelijke

²⁴ Zie ook de annotatie van Kortmann bij het eerste vonnis.

²⁵ Pres. Rb. Almelo 16-7-1999, *CR* 1999, p. 252 (Genap/Improve) m.nt. Struik.

²⁶ Rb. Den Haag 11-7-2001, *CR* 2001, p. 268 (Wolfsbergen/Exact).

²⁷ Rb. Amsterdam 24 mei 1995, *CR* 1997, p. 63.

²⁸ Een andere vraag was of er een licentieovereenkomst was gesloten tussen Coss en Raima. Deze vraag beantwoordt de rechter negatief. Het enkele openen van een verpakking acht de rechtbank voor het doen ontstaan van een licentieovereenkomst tussen Raima en Coss onvoldoende. Daarvoor zou tenminste op voorhand nodig moeten zijn dat Coss wist dat hij deze overeenkomst zou aangaan en wat deze zou behelzen, aldus de rechtbank.

transactie is ook niet ongebruikelijk, aangezien een computerprogramma in het algemeen auteursrechtelijk beschermd is en er derhalve voor zo een programma, tenzij partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen, slechts gebruiksrechten of licenties worden verleend. Ook de term ‘licentie’ in de offerte wijst erop dat het er de partijen niet om te doen was aan Coss de eigendom van het programma dbVista over te dragen, zodat het ervoor gehouden moet worden dat aan Coss een gebruiksrecht is verkocht.’

Nu de rechter de contractuele (koop)relatie tussen Coss en TM Data aanwezig achtte, oordeelde hij ook dat TM Data verantwoordelijk was voor de – naar het kooprecht te beoordelen – deugdelijkheid daarvan. Daarom konden de vorderingen van Coss (grotendeels) worden toegewezen.

Uit dit vonnis lijkt te kunnen worden afgeleid dat tussen de leverancier en de verkrijger een koopovereenkomst werd gesloten met als object het verlenen van een gebruiksrecht. Enerzijds lijkt de rechter hiermee het auteursrechtelijke karakter van de overeenkomst te willen benadrukken. Anderzijds wenst hij de aansprakelijkheid van de leverancier TM Data te willen beoordelen naar het kooprecht. In de evaluatie zal ik nagaan hoe deze overweging zich verhoudt met de verschillende opvattingen in de literatuur, alsmede de uitspraken van de wetgever.

4.3.3 Literatuur

In de juridische literatuur bestaat weinig eenstemmigheid over de kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van software. In de handboeken over ‘computerrecht’ wordt het probleem opgemerkt, maar daarin wordt zelden een ‘hard’ standpunt verdedigd.²⁹ Girot acht het een onontwarbaar probleem dat zonder een duidelijke uitspraak van de wetgever niet kan worden opgelost.³⁰

Voor zover wel een opvatting over de kwalificatie wordt gegeven maak ik het volgende onderscheid. Enerzijds bestaat een groep van opvattingen waarin

²⁹ Louwers wijst erop dat er onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie. Hij geeft twee mogelijkheden aan: koop of een overeenkomst sui generis (E. Louwers, ‘Computercontracten’, in: J.E.J. Prins e.a (red.): *Recht en informatietechnologie: handboek voor rechtspraktijk en beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 (losbl.), p. 20). Stuurman noemt deze mogelijkheden ook en wijst op de specifieke regeling betreffende de ‘Uniform Computer Information Transactions Act’ in de Verenigde Staten als mogelijk alternatief (C. Stuurman, ‘ICT-contracten’, in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. De Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102). De Graaf kwalificeert de overeenkomst als een sui generis (T.J. De Graaf in hetzelfde handboek, p. 126). Thole lijkt afwijzend te staan tegenover het aannemen van de kwalificatie als koop, daarmee verwijzend naar haar eerder gegeven opvatting, die hieronder uitgebreid aan de orde zal komen (E.P.M. Thole, ‘Automatisering en aansprakelijkheid’, in: J.E.J. Prins e.a (red.): *Recht en informatietechnologie: handboek voor rechtspraktijk en beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 (losbl.), p. 22; Thole 1996, a.w., p. 29-54).

³⁰ Girot 2001, a.w., p. 156, 172. Haar onderzoek was afgesloten voor het moment dat de minister zijn opmerkingen maakte over de toepasselijkheid van het kooprecht.

de kwalificatie van de overeenkomst volledig los wordt gezien van de auteursrechtelijke bescherming van software. Binnen deze groep van opvattingen wordt zoveel mogelijk aangehaakt bij de kwalificatie koop. Anderzijds bestaat een groep opvattingen die deze 'auteursrechtelijke dimensie' uitdrukkelijk betreft bij de beantwoording van de kwalificatievraag. Binnen die groep van opvattingen blijkt de kwalificatie 'koop' problematischer.

Hijma geeft als opvatting dat 'in ieder geval relatief eenvoudige standaardsoftware zoals die winkels wordt aangeboden' als zaak worden verkocht. Hij meent dat analoge toepassing van het kooprecht in aanmerking komt in geval van een 'betaalde download' van het Internet. Anders dan de minister is hij van opvatting dat analoge toepassing via art. 7:47 BW bij de download niet in aanmerking komt. Er is volgens hem een verkoop van noch een zaak, noch een recht. Er is in dat geval dus sprake van een dubbele analogie.³¹

Deze opvatting sluit min of meer aan bij de opvatting van diegenen die geen verschil maken tussen de koop van software en de koop van eender welke exemplaren van auteursrechtelijke beschermde werken.³² In deze lijn hiermee is ook goeddeels de opvatting van Kleve en De Mulder, die in software niets anders dan een stoffelijke zaak zien, en de aanschaf ervan daarom reeds als de koop van die zaak. Er is in zoverre een verschil dat Kleve en De Mulder de koopregeling ook bij elektronische verschaffing van software rechtstreeks van toepassing achten.³³

Tegenover de opvatting waarin zonder veel omhaal het kooprecht van toepassing wordt geacht staat deze, waarbij aan het auteursrechtelijke karakter van de overeenkomst grote waarde wordt gehecht. Een goed voorbeeld daarvan biedt Thole, die de juridische vraag naar de kwalificatie van de aanschaf van software aan een uitgebreid onderzoek heeft onderworpen.³⁴ Een belangrijk uitgangspunt bij haar beschouwingen is dat de kwalificatie niet kan worden beantwoord door te wijzen op de stoffelijkheid van de drager. Eerst en vooral is software naar haar opvatting een 'geestelijke schepping' die valt onder het bereik van de auteurswet.³⁵ Nu voor software ook nog een eigen auteursrechtelijk regime is gecreëerd, dat niet geldt voor traditionele auteursrechtelijke werken, kan de overeenkomst voor de aanschaf van software niet zonder meer worden vergeleken met die voor de aanschaf van traditionele exemplaren (bijvoorbeeld de koop van een boek).³⁶ Zij wendt de aandacht af van de aanschaf van de drager waarop de software is vastgelegd: deze heeft naar haar opvatting weinig vermogensrechte-

³¹ Asser/Hijma 2001, nr. 196, 203, mede verwijzend naar de hierboven behandelde opmerkingen van de wetgever.

³² Zie bijvoorbeeld Hondius, die voorts verwijst naar het voordeel van de consumentenbescherming (E.H. Hondius, 'Computercontracten', in: F. de Graaf & J.M.A. Berkvens, Hoofdstukken informaticarecht, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 69).

³³ Zie: P. Kleve & R.V. De Mulder, 'De juridische status van software', NJB 1989, p. 1342-1345. Zie meer recent ook: P. Kleve, Juridische iconen in het informatietijdperk, Deventer: Kluwer 2004, p. 180.

³⁴ Thole 1996, a.w. noot p. 29-53.

³⁵ Thole 1996, a.w., noot 11p. 36.

³⁶ Thole 1996, a.w. noot 11, p. 38-39.

lijke waarde. In haar woorden: ‘Voor de kwalificatievraag is vooral bepalend hetgeen partijen bedingen met betrekking tot de programmatuur, en niet zozeer hetgeen geldt ten aanzien van de rechten op de drager.’³⁷

Toegesplitst op de hier ter discussie staande aanschaf van standaardprogrammatuur constateert Thole dat de beoogde verkrijger ervan van de auteur een licentie verkrijgt die strekt tot het rechtmatige gebruik. De transactie voor het verlenen van deze licentie wenst Thole in geen geval te kwalificeren als een koopovereenkomst. Voor (dit aspect van) de contractuele relatie kan niet van de verkoop van een zaak worden gesproken. Voorts sluit zij de route van de analoge toepassing van het kooprecht via art. 7:47 BW af: van een koop van een licentie als vermogensrecht kan naar haar opvatting geen sprake zijn. Ingevolge art. 7:9 jo. 7:47 BW moet een dergelijke overeenkomst in haar optiek altijd zijn gericht op de *overdracht* van een vermogensrecht, terwijl bij de aanschaf van standaardsoftware door de rechthebbende aan de verkrijger een licentie wordt *verleend*.³⁸

Thole komt tot de conclusie dat het licentiegedeelte van de aanschaf van software moet worden aangemerkt als een huurovereenkomst. Zij acht voor deze overeenkomst gezien het huurrecht alle elementen aanwezig om dit label aan het contract te hechten. Zij gaat er daarbij vanuit dat het in het normale geval om het verlenen van het genot van de software tegen een bepaalde prijs en voor een bepaalde duur. Voor zover de gebruikslicentie voor onbepaalde tijd is verleend, gaat Thole ervan uit dat de partijen doorgaans contractueel hebben geregeld dat de overeenkomst kan worden opgezegd. Het huurrecht acht Thole niet direct van toepassing, nu het niet het genot van een zaak betreft, maar de huur van een vermogensrecht. Als ik haar goed begrijp huurt de verkrijger van de software een stukje auteursrecht voor het genot van de software.³⁹

De Graaf deelt de analyse van Thole als het gaat om het niet van toepassing achten van het kooprecht voor het vestigen van de gebruikslicentie. De kwalificatie als huur acht hij echter niet in alle gevallen passend, bijvoorbeeld doordat de verhuurder dan een mogelijkheid krijgt om de overeenkomst op te zeggen, terwijl dat helemaal niet de bedoeling van de overeenkomst hoeft te zijn. Hoewel de overeenkomst volgens De Graaf trekken kan hebben van een huurovereenkomst, beschouwt hij de aanschaf van standaardsoftware als een onbenoemde overeenkomst, waarop, afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst, bepalingen uit de huurtitel naar analogie van toepassing kunnen zijn. Indien een eenmaal gevestigde licentie verder wordt overgedragen kan naar de opvatting van De Graaf wél sprake zijn van een koopovereenkomst.⁴⁰

³⁷ Thole 1996, a.w. noot 11, p. 44. Overigens merkt zij daarbij op dat voor het deel van de transactie dat betrekking heeft op de overdracht van de drager, het kooprecht wel van toepassing is (p. 45).

³⁸ Thole 1996, a.w. noot 11, p. 37-38.

³⁹ Thole 1996, a.w. noot 11, p. 45-47.

⁴⁰ De Graaf 2004, a.w. noot 29, p. 125-127.

Ook Grosheide heeft er moeite mee om de gebruikslicentieovereenkomst voor (onder meer) software te kwalificeren als een koopovereenkomst. Anders dan Thole gaat hij ervan uit dat de licentieovereenkomst in het Nederlandse recht niet gelijk kan worden gesteld met een benoemde overeenkomst.⁴¹ Wel merkt hij op dat het verlenen van de gebruikslicentie (oftewel 'downstream license') verwantschap vertoont met de koopovereenkomst. Hij wijst er daarbij op dat het er bij de gebruikslicentie om de consumptie van het informatieproduct gaat, en dat dergelijke licenties vaak 'altijddurend' ('perpetual') zijn en tegen een éénmalige vergoeding worden verschaft.⁴² Hij trekt de conclusie dat een licentie niet een koop moet worden genoemd, maar dat de redelijkheid van dit soort contracten met vergelijkbare maatstaven moet worden beoordeeld als bij de consumentenkoop.⁴³

Ook andere schrijvers nemen de auteursrechtelijke dimensie van de aanschaf van standaardsoftware uitdrukkelijk in ogenschouw. Velen van hen blijken echter minder moeite dan Thole en Grosheide te hebben om de kwalificatie als koop te aanvaarden. Van Schelven en Struik karakteriseren de aanschaf van software aldus 'dat, bij het leveren van programmatuur aan een verkrijger, er voor het auteursrechtelijk beschermde werk een licentie wordt gegeven terwijl de drager, de tape(s) of disks waarop dat werk is vastgelegd ofwel het 'exemplaar' van dat werk, wordt verkocht in die zin, dat de bedongen (licentie-) vergoeding mede geacht wordt een koopprijs voor die drager te omvatten.' Voor het geheel van deze transactie achten zij de kwalificatie koop het meest passend als het gebruiksrecht tegen een éénmalige vergoeding werd verworven. Als daarentegen de software wordt geleverd tegen een periodieke vergoeding, heeft de overeenkomst het karakter van huur.⁴⁴

Hiermee is de opvatting van Westerdijk vergelijkbaar. Hij acht de kooptitel direct van toepassing voor zover het gaat om de software als 'functionele zaak' en voorts acht hij de kooptitel naar analogie van toepassing op de verlening van de bij die zaak betrokken licentie (op de voet van art. 7:47 BW).⁴⁵ Zie voorts ook

⁴¹ F.W. Grosheide, 'Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap licenses,' in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 285.

⁴² Grosheide 1998, a.w. noot 41, p. 284.

⁴³ Grosheide 1998, a.w. noot 41, p. 308.

⁴⁴ P.C. van Schelven & H. Struik, *Softwarerecht: bescherming en gebruik van programmatuur sedert de richtlijn softwarebescherming*, Deventer: Kluwer 1995, p. 70-71. Zie ook: H. Struik, 'Over het wettelijk gebruiksrecht van software', in: P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H. Franken*, Deventer: Kluwer 2001, p. 515.

⁴⁵ R.J.J. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software - Beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieprodukten*, (diss. VU Amsterdam), 1995, p. 194-195. Vergelijk ook: B. Wessels, 'Know-how en software in de mangel van het vermogensrecht', *NbBW* 1995-9, p. 101. Wessels oppert dat de gebruikslicentie als een kwalitatief, bij het exemplaar behorend recht moet worden beschouwd in de zin van art. 6:251 BW. Nog weer een andere versie treft men aan bij Loos: volgens hem is de licentieovereenkomst een toebe-

Van der Klaauw-Koops, die naast de koop van de drager de regeling betreffende rechtskoop (art. 7:47 BW) van toepassing acht op de aanschaf van de rechten die betrekking hebben op de programmatuur.⁴⁶

4.4 Duitsland

4.4.1 Jurisprudentie

Anders dan in Nederland bestaat in Duitsland al geruime tijd vaste jurisprudentie waarin is bevestigd dat en onder welke omstandigheden het kooprecht van toepassing is op de overeenkomst voor de aanschaf van standaardsoftware.

De eerste keer dat het Bundesgerichtshof deze lijn inzette betrof de uitspraak ‘Basic-Übersetzungsprogramm’.⁴⁷ Gezien de grondige motivering van deze uitspraak zal ik deze uitvoerig weergeven. Het BGH had in deze zaak te beoordelen of de lagere instantie terecht had aangenomen dat een overeenkomst voor de aanschaf van gebrekkige, op een drager aangeleverde standaardsoftware door de verkrijger ervan kon worden ontbonden op basis van het kooprecht. Het BGH overweegt dat het hier zomin om een overeenkomst voor de ontwikkeling van software als om een duurverhouding gaat. Het gaat hier om de aanschaf van voorgefabriceerde, zij het ook complexe software verschaft tegen een éénmalige vergoeding voor vrij gebruik (‘zu freier Verfügung’). In dat geval ligt de toepassing van het kooprecht, aldus het BGH, ‘zumindest nahe’.⁴⁸

Vervolgens behandelt het BGH verscheidene tegenwerpingen die tegen het aannemen van de kwalificatie ‘koop’ kunnen worden gemaakt. In de eerste plaats komt aan de orde dat het auteursrechtelijke karakter van de overeenkomst de (directe) toepassing van het kooprecht zou blokkeren. Is het immers niet zo dat voor het rechtmatige gebruik van de software – anders dan bij bijvoorbeeld boeken of langspeelplaten – altijd een ‘Nutzungsrecht’ moet worden gevestigd? Hier maakt het BGH een onderscheid tussen vragen over de eventuele gebrekkigheid van het recht van de verkrijger op de software (Rechtsmängel) enerzijds en het gebrekkig functioneren van de software anderzijds (Funktionsmängeln). Of de software nu auteursrechtelijk beschermd is of niet is volgens het BGH voor de beoordeling van gebreken in de software niet van belang. Voorts geeft ook het Urheberrechtsgesetz geen antwoord op de vraag naar welke regels de aanschaf van software moet worden beoordeeld. Al met al hoeft in casu de vraag

horen bij de geïnstalleerde software op een geleverde computer ex art. 7:9 BW (M.B.M. Loos, *Monografieën Nieuw BW. Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2004).

⁴⁶ F.A.M. van der Klaauw-Koops & S.F.M. Corvers, *Praktisch informaticarecht voor het hoger beroepsonderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 24.

⁴⁷ BGH 4 november 1987, NJW 1988, p. 406. Zie voor een bespreking van de daaraan voorafgaande jurisprudentie Westerdijk 1995, a.w., p. 165-167.

⁴⁸ BGH 4 november 1987, NJW 1988, p. 407, rov II.1.a) bb).

niet eens aan bod te komen of de software al dan niet auteursrechtelijk beschermd is.⁴⁹

Het BGH opteert ook niet voor de benadering dat in casu sprake is van een know-how overeenkomst, omdat het verschaffen van software niet goed kan worden vergeleken met het verschaffen van hoogstactuele informatie. Voor zover hiervan al sprake zou kunnen zijn blijft aldus het BGH, overeind staan dat het hier om een door de partijen gekozen kooprechtelijke vorm van het ter beschikking stellen van de software gaat.⁵⁰

Ten slotte gaat het BGH in op de vraag of de overeenkomst wellicht beter met een octrooilicentieverlening dan met verkoop kan worden vergeleken. Het BGH antwoordt ontkennend:

‘Kaufgegenstand ist hier ein Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm, insofern also eine körperliche Sache (...) die – entsprechend dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch – als Instrument zur Datenverarbeitung dienen soll. Ein Fehler des so verkörpertem Programm ähnelt dem Konstruktionsfehler eines (massenhaft hergestellten) technischen Werkzeugs eher als dem Mangel einer Erfindung.’⁵¹

Nu alle tegenwerpingen zijn overwonnen komt het BGH tot de conclusie dat voor deze aanschaf van standaardsoftware het recht inzake koop van een zaak (Sachkauf) ‘zumindest entsprechend’ van toepassing moet worden geacht bij de beoordeling van softwaregebreken.

Een volgende zaak (‘Abzahlungskauf’) betrof de vraag of het ‘Abzahlungsgesetz’ van toepassing was in het geval dat standaardsoftware werd geleverd tegen 36 afbetalingstermijnen.⁵² Bijzonder aan dit geval was voorts dat de software niet op een drager werd geleverd, maar via de harde schijf van de leverancier via een kabelverbinding op de harde schijf van de verkrijger werd gekopieerd. De verkrijger van de software betaalde na drie termijnen niet meer met een beroep op de bescherming van het Abzahlungsgesetz en werd daarop – uiteindelijk tevergeefs – aangesproken door de leverancier voor de betaling van de resterende termijnen.

Het BGH stelt hier vast dat het kooprecht van toepassing is, nu het doel van de overeenkomst was dat de verkrijger na het betalen van de termijnen de software mocht behouden. Met terugverwijzing naar de uitspraak inzake ‘Basic-

⁴⁹ BGH 4 november 1987, NJW 1988, p. 407-408, rov II.1.a) cc). Terzijde merk ik op dat ten tijde van deze uitspraak in het Duitse recht niet snel werd aangenomen dat software auteursrechtelijk beschermd was. Na de invoering van de Software-richtlijn moesten de eisen voor het aannemen van de oorspronkelijkheid van de software in Duitsland sterk naar beneden worden bijgesteld. Tegenwoordig is software doorgaans wel auteursrechtelijk beschermd, en daarvan wordt in dit artikel uitgegaan. Zie hierover uitvoerig G. Schricker e.a., *Urheberrecht: Kommentar*, München: Beck 1999, p. 1065-1066.

⁵⁰ BGH 4 november 1987, NJW 1988, p. 408, rov II.1.a) dd).

⁵¹ BGH 4 november 1987, NJW 1988, p. 408, rov II.1.a) ee).

⁵² BGH 18 oktober 1989, NJW 1990, p. 320.

Übersetzungsprogramm' stelt het BGH voorts vast dat er geen twijfel aan zou hebben bestaan dat het kooprecht van toepassing zou zijn als de software op een drager was aangeleverd. In dat geval is er namelijk sprake van een stoffelijke zaak. Het BGH overweegt echter dat het aanleveren via een kabelverbinding niet anders moet worden beoordeeld dan het aanleveren op een drager. De levering van de drager is namelijk niet het einddoel van de overeenkomst; die drager is integendeel veeleer een middel om de software te transporteren en te installeren op de computer van de verkrijger, opdat de software gebruikt kan worden. Uiteindelijk gaat het de verkrijger om die laatste vastlegging, net als in het geval dat software op een drager wordt geleverd. Met dit gelijke einddoel moeten ook gelijke regels worden toegepast.⁵³

Samenvattend kan uit de Duitse rechtspraak worden afgeleid dat het kooprecht van toepassing is bij de aanschaf van standaardsoftware, ongeacht de wijze waarop deze wordt verschaft (op drager of via telecommunicatie). Daarbij laat het BGH in het midden of de regels voor 'Sachkauf' directe of analoge toepassing vinden. Het BGH acht de auteursrechtelijke bescherming van software irrelevant bij de beoordeling van de kwalificatievraag. Voorwaarde voor de toepasselijkheid van het kooprecht is wel dat de overeenkomst is gericht op de 'dauerhafte Benutzung' van de software en dat daarvoor een 'einmaliges Entgelt' wordt betaald. Voor zover in termijnen wordt betaald is beslissend of de verkrijger na de betaling van de laatste termijn de beschikking blijft houden over de software.

4.4.2 Literatuur

In de Duitse literatuur bestaat eenstemmigheid over de kwalificatie koop voor de eenmalige aanschaf van standaardsoftware. Dit geeft aan de discussie erover een enigszins theoretisch karakter.⁵⁴

⁵³ BGH 18 oktober 1989, NJW 1990, p. 321. Deze lijn is bevestigd in: BGH 22 december 1999, CuR 2000, p. 207 (Lohnprogramm U). Zie hiernaast bijvoorbeeld ook nog BGH 14 juli 1993, NJW 1993, p. 2436 (Verkaufabrechnungs-System) en BGH 9 oktober 2001 CuR 2002, p. 93 (Kanzleiverwaltungsprogramm). Onder meer deze twee arresten geven aanleiding tot de vraag in hoeverre het kooprecht nog van toepassing is in het geval aanpassingen aan standaardsoftware worden aangebracht, of dat in dat geval het recht inzake het Werkverdrag van toepassing moet zijn. Hierover is, mede in het licht van de vernieuwingen in het Duitse verbintenissenrecht recentelijk een hernieuwde discussie gaande. Zie voor een stand van die discussie bijvoorbeeld K. Diedrich, 'Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen', *Computer und Recht* 2002, p. 473-480.

⁵⁴ Staudinger II/Köhler 1995, p. 77-78. Vergelijk ook de opmerking van Bydlinski: 'In der einschlägigen zivilrechtlichen Themenkomplexe scheint über die Ergebnisse weitgehend Einigkeit zu bestehen; häufig wird nur über den Weg dorthin gestritten. Pointierter gesagt: Keiner weiß etwas Genaues; aber alle können damit leben' (P. Bydlinski, 'Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?', *Archiv für die civilistische Praxis* 1998, p. 288).

Er bestaat toch strijd over de vraag of de regels over Sachkauf (§ 433 BGB) direct van toepassing zijn of naar analogie, wat wordt opengelaten in de jurisprudentie. Dit geeft in de Duitse literatuur aanleiding tot de vraag wanneer en waarom het kooprecht van toepassing is. Daarbij valt, zoals in Nederland, een onderscheid te maken tussen hen die al dan niet een auteursrechtelijke dimensie in het contract ontwaren.

In de eerste plaats is er een groep schrijvers die op basis van de jurisprudentie van mening is dat de aanschaf van software op een drager niets anders is dan de koop van welke zaak ook. Deze opvatting is het resultaat van die dat de vastgelegde software in goederenrechtelijke zin als stoffelijk exemplaar moet worden aangemerkt.⁵⁵ Voorts zijn zij van mening dat de verkrijger door de verschaffing van de zaak de volle eigendom daarvan verkrijgen en dat dezelfde verkrijger geen ‘Nutzungsrecht’ nodig heeft om de software te mogen gebruiken.⁵⁶ Die opvatting kan op haar beurt weer worden teruggevoerd op een enge opvatting van het reproductierecht van de auteur die naar de mening van deze schrijvers niet tot gebruikscontrole kan leiden.⁵⁷ Gemeenschappelijk aan deze opvattingen is evenzeer dat de toepassing van het kooprecht bij de verschaffing van telesoftware niet direct kan geschieden: hier ontbreekt aan de overeenkomst de bedoeling om een zaak waarop de software is vastgelegd, over te dragen. Bij deze overeenkomsten dient daarom binnen deze opvatting het kooprecht analoge toepassing te vinden.⁵⁸

Anderen hebben de opvatting, dat het auteursrecht met zich brengt dat de auteur de gebruiksvoorwaarden kan bepalen, verweven in hun opvatting over de aanschaf van de software. Een goed voorbeeld daarvan bieden Köhler en Fritzsche. Zij stellen voorop dat in de regel de aanschaf van standaardsoftware erop is gericht dat de verkrijger daarvan een ‘einfaches Nutzungsrecht’ verkrijgt voor de programmatuur (naast de eventuele verschaffing van een drager en begeleidend materiaal).⁵⁹ Zij kenschetsen de overeenkomst uit het perspectief van de auteur als gericht op een ‘beliebig vermehrbare Möglichkeit der Teilhabe an der Nutzung eines Immaterialgutes’, en niet, zoals bij koopovereenkomsten gebruikelijk, op een overdracht van rechten.⁶⁰ Dat staat aan de kwalificatie als koop evenwel niet in de weg. Daarvoor is beslissend dat de koper van de software voorgoed gebruik van de software wil maken en daarvoor een eindprijs betaalt.⁶¹ Daarom stemmen Köhler en Fritzsche met de jurisprudentie in en noemen zij de

⁵⁵ Zie onder meer Bydlinski 1998, a.w.; Th. Hoeren, *Softwareüberlassung als Sachkauf: ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware*, München: Beck 1989.

⁵⁶ Zie Hoeren 1989, a.w. noot 55, p. 51 en Bydlinski 1998, a.w. noot 54, p. 296-298.

⁵⁷ Uitdrukkelijk daarover: Th. Hoeren & D. Schuhmacher, ‘Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag. Überlegungen zum Umfang des Benutzungsrechts für Standardsoftware’, *Computer und Recht* 2000-3, p. 143-144. Zie ook reeds Hoeren 1989, a.w. noot 55, p. 41-46.

⁵⁸ Hoeren 1989, a.w. noot 56, p. 133; Bydlinski 1998, a.w. noot 54, p. 313-314.

⁵⁹ H. Köhler & J. Fritzsche, ‘Die Herstellung und Überlassung von Software im Bürgerlichen Recht’, in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 531-532.

⁶⁰ Köhler en Fritzsche 1993, a.w. noot 59, p. 531.

⁶¹ Köhler en Fritzsche 1993, a.w. noot 59, p. 532.

overeenkomst ten minste een ‘koop-achtige’.⁶² Vergelijkbaar met deze opvatting is die van Zahrnt, die enerzijds geen bezwaar heeft tegen de beoordeling van de contractuele aansprakelijkheid naar het kooprecht, maar tegelijkertijd benadrukt dat dit nog niets zegt over de juridische positie van de verkrijger en in welke omvang de verkrijger de software gezien de auteursrechtelijke regels mag gebruiken.⁶³ Gemeenschappelijk aan deze opvattingen is dat zij de jurisprudentie van het BGH aldus rijmen aan de meerderheidsopvatting over de reikwijdte van het vervelvoudigingsrecht en de daarmee samenhangende gebruikersrechten voor software, welke meebrengt dat de auteur door het verlenen van een Nutzungsrecht de ‘Art und Umfang’ van het gebruik mag bepalen.⁶⁴

4.5 Evaluatie

Overziet men de behandelde opvattingen in Nederland en Duitsland, dan lijken twee stromingen betreffende de kwalificatie voor de aanschaf van standaardsoftware herkenbaar. Enerzijds bestaat de opvatting dat de overeenkomst zich niet onderscheidt van de koop van andere zaken, zoals boeken en schilderijen. Binnen deze stroming is het kooprecht in ieder geval direct van toepassing als de software op een drager wordt aangeleverd (Kleve, Hijma, Hoeren). Anderzijds is er de opvatting dat de overeenkomst vooral is gericht op het verlenen van een auteursrechtelijke (gebruiks)licentie. Binnen de tweede stroming, zo blijkt uit de Nederlandse en Duitse literatuur, liggen de opvattingen over de kwalificatie van de overeenkomst tot het verlenen van een gebruiklicentie uiteen: huurovereenkomst (Thole); duurcontract sui generis (De Graaf); een aan koop verwante overeenkomst (Grosheide, Köhler en Fritzsche). Soms ook wordt de transactie gezien als een koop van het exemplaar waarbij de licentie is inbegrepen (Van Schelven en Struik, Westerdijk) of als een rechtskoop (Van der Klaauw-Koops).

De Nederlandse wetgever lijkt voor de eerste stroming te kiezen waarbinnen de aanschaf van software op een drager gelijk wordt gesteld met de koop van zaken. De wetgever heeft zich verenigd met de voordelen van de toepassing van het kooprecht die worden aangewezen in het advies van de CCA, de rechtszekerheid, het passende beoordelingskader en de consumentenbescherming.

Ik kan instemmen met elk van deze drie punten. De rechtspraktijk is er inderdaad mee gediend dat duidelijk is onder welke voorwaarden het kooprecht van toepassing is, zodat de overeenkomsten volgens dat heldere kader kunnen worden ingericht en beoordeeld. Ik ben het niet eens met de al te relativiserende opmerkingen van Girot over het belang van de kwalificatie, nu in de jurisprudentie conflicten met betrekking tot softwaregebreken nooit zouden zijn opge-

⁶² Köhler en Fritzsche 1993, a.w. noot 59, p. 533.

⁶³ C. Zahrnt, ‘Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht’, *Computer und Recht* 1994, p. 456.

⁶⁴ Schricker 1999, a.w., p. 1112.

lost met een uitdrukkelijke verwijzing naar het kooprecht.⁶⁵ Bij haar behandeling van die jurisprudentie behandelt zij allerlei ongelijksoortige casus, waaronder automatiseringadviescontracten en softwareontwikkelingcontracten.⁶⁶ Dit terwijl de vraag of het kooprecht van toepassing kan worden verklaard zich uitsluitend afspeelt bij de aanschaf van standaardsoftware. De enige uitspraak die zij behandelt waar het wel over de aanschaf van standaardsoftware gaat is dan nu juist ook dezelfde waarin de rechter onomwonden de conformiteitsmaatstaf van art. 7:17 BW toepast.⁶⁷ Hondius heeft aangegeven dat het belang van een kwalificatie als koop enerzijds is gelegen in de aanvullende rol voor zover partijen zaken contractueel onterecht laten, anderzijds in de dwingende rol bij consumentenkoop (art. 7:6 BW).⁶⁸

Het kooprecht is passend als beoordelingskader voor de beoordeling van de contractuele aansprakelijkheid van de (standaard)softwareleverancier. Met name de toepassing van de conformiteitsmaatstaf van art. 7:17 BW is geschikt bij de beoordeling van gebrekkige software. Zoals hierboven uit de beschrijving van de Nederlandse jurisprudentie is gebleken, heeft ook de Nederlandse rechter weinig moeite om bij de beoordeling van de kwaliteit van de software aan te haken bij de conformiteitsmaatstaf. Als professionele partijen van het kooprecht wensen af te wijken, zullen ze daarvoor hun contracten naar maat moeten snijden.

De consument kan profiteren van het dwingende regime van de consumentenkoopregeling. Naar het mij toekomt, schiet de minister hier de rechtmatige verkrijger/consument van software terecht te hulp. Het is, om een voorbeeld te noemen, niet goed te begrijpen waarom een consumentkoper van een muziek-cd zich wel en een koper van een cd-rom met daarop software zich niet op een bepaling als art. 7:26 lid 2 BW (vooruitbetaling van niet meer dan de helft van de koopprijs) zou mogen beroepen.

Toch zou ik mij niet willen aansluiten bij de stroming dat de aanschaf van software niets anders is dan de koop van stoffelijke zaken en dat het kooprecht alleen daarom al direct van toepassing is als de software wordt aangeleverd op een drager. Vanuit de auteursrechtelijk georiënteerde literatuur is terecht aandacht geschonken aan de implicaties die de auteursrechtelijke bescherming van software heeft op de overeenkomst voor de aanschaf van software. De Duitse analyse over de toepasselijkheid van het kooprecht heeft de band tussen de opvatting over de reikwijdte van het auteursrecht en die over de kwalificatie van de overeenkomst voor de aanschaf van standaardsoftware scherp blootgelegd. Degenen die verdedigen dat bij deze overeenkomst het kooprecht directe toepassing vindt funderen deze opvatting namelijk direct vanuit deze, dat in het auteursrecht het reproductierecht niet zover gaat dat de auteur daarmee invloed kan uitoefenen op het gebruik dat de verkrijger ervan mag maken. In hun optiek verkrijgt derhalve de verkrijger de eigendom van de drager, en mag deze op

⁶⁵ Girot 2001, a.w. noot 4, p. 157.

⁶⁶ Bijvoorbeeld: HR 11 april 1986, CR 1986, p. 174 (RBC/Brinkers).

⁶⁷ Pres. Rb Almelo 16-7-1999, CR 1999, p. 252 (Genap/Improve) m.nt. Struik.

⁶⁸ Hondius 1991, a.w. noot 32, p. 69.

basis van dat recht de software gebruiken. Ook voor zover voor het Nederlandse recht betoogd wordt dat bij de aanschaf van software (aangeleverd op een drager) het kooprecht direct van toepassing is, lijkt een beperkte opvatting van de reikwijdte van het auteursrecht de achtergrond. Ook in het stuk van de minister over de toepasselijkheid van het kooprecht ontbreekt deze koppeling. Dat valt niet te rijmen met art. 45i en j Aw, waarin voorop staat dat de auteursrechthebber op basis van zijn reproductierecht door middel van licentieverlening tot op zekere hoogte mag bepalen hoe van de software gebruik gemaakt mag worden. Tot zover deel ik de analyse van Thole.

De opmerkingen van de minister kunnen evenwel met deze ‘auteursrechtelijke dimensie’ in overeenstemming worden gebracht. In het geval dat een onopzegbare licentie tegen een eindprijs wordt verschaft, acht ik de toepasselijkheid van het kooprecht mogelijk en geboden. Deze omstandigheden lopen parallel met de eis van een ‘einmaliges Entgelt’ voor software ‘zur dauerhafte Benutzung’ die door het Duitse BGH is gesteld. In deze gevallen wijkt deze overeenkomst op een cruciale plek af van de traditionele licentieovereenkomst: deze ontbeert dan het duurkarakter. In dat geval heeft de overeenkomst voldoende trekken met een koop om de regeling van titel 7.1 naar analogie van toepassing te verklaren. Daarbij dient te worden aangetekend dat onder ‘eindprijs’ niet alleen de eenmalige betaling, maar ook de periodieke (af)betaling of huurkoop begrepen kan worden, voor zover de verkrijger na de laatste betaling blijvend het recht behoudt om de software te gebruiken. Voor zover het gebruiksrecht voor bepaalde tijd is verleend of een reële opzeggingsmogelijkheid heeft, lijkt de kwalificatie als huur aangewezen.

Voor de kwalificatie van de gebruikslicentieovereenkomst voor software is naar mijn mening niet van belang dat een drager waarop software is vastgelegd, in eigendom wordt overgedragen. Of nu sprake is van de verschaffing via tele-software of software op een drager behoort voor de beoordeling van de kwalificatie niet uit te maken, zoals ook terecht in de hierboven behandelde Duitse jurisprudentie is aangenomen.⁶⁹ Het is zelfs zo dat wanneer een drager (bijvoorbeeld een computer) in eigendom wordt overgedragen dit niet hoeft te betekenen dat voor de daarop vastgelegde ‘geleverde’ software het kooprecht van toepassing is. Dit is bijvoorbeeld het geval in de vijfde hierboven beschreven casus waar de gebruikslicentie slechts strekt tot het gebruik van de software voor twee jaar. De verschaffing van de computer is daar koop, maar de verschaffing van de gebruikslicentie is huur.

Het wettelijke aanknopingspunt voor de toepasselijkheid van het kooprecht koop is binnen de hier gepresenteerde opvatting de analogiebepaling van art. 7:47 BW, met die aantekening dat het kooprecht ook van toepassing is als de gebruikslicentie niet wordt overgedragen, maar (juist) ook als zij wordt ver-

⁶⁹ Het verschil in aanleveren maakt overigens wel uit voor de eventuele toepasselijkheid van de auteursrechtelijke uitputtingsregel voor software, id est voor de vraag of de software door de verkrijger mag worden doorgeleverd. Zie hierover E.D.C. Neppelenbroek, ‘Software en de uitputtingsregel’, *AMI* 2001-6, p. 125-132.

leend.⁷⁰ Het argument van Thole en De Graaf dat bij het vestigen van een recht het kooprecht niet van toepassing kan zijn, omdat dan niets overgedragen wordt, overtuigt niet. In dit opzicht kan de overeenkomst voor de aanschaf van software goed vergeleken worden met die van het vestigen van bijvoorbeeld een erfpacht-recht op een huis. Ook hier wordt niets overgedragen en ontstaat een rechtsverhouding tussen de bloot eigenaar en de erfpachter, maar de titel die aan de vestiging van het erfpachtrecht ten grondslag ligt is een overeenkomst waarop art. 7:47 BW naar analogie van toepassing is.⁷¹ Andere overeenkomsten waarmee de aanschaf van software kan worden vergeleken zijn die strekkende tot de heruitgifte en de verdere overdracht van aandelen en obligaties, waarvoor ook het kooprecht van toepassing kan worden geacht.⁷²

In de hierboven gegeven omstandigheden bestaat de contractuele verhouding tussen partijen uitsluitend uit het verlenen van de licentie en het betalen van de prijs. Daarna bestaat er voor de auteursrechthebbende uitsluitend een verbintenis om niet te doen, namelijk het blijven toestaan (niet-verbieden) van het in het contract beoogde gebruik. Elk ander gebruik dan het bij contract toegestane gebruik is onmiddellijk onrechtmatig op grond van het reproductierecht van de auteur. In het meest eenvoudige geval is er niets meer wat na de verschaffing van de software en de betaling van de koopprijs van het contract overblijft. De verplichtingen die uit deze transactie kunnen in hoge mate gelijk worden gesteld met die van 'normale' kopers en verkopers. Net zoals de eerste erfpachter op grond van het kooprecht (art. 7:17 BW) mag klagen dat het dak lekt, mag bijvoorbeeld de eerste verkrijger van de software op grond van het kooprecht klagen dat de software niet naar behoren functioneert.

Praktisch sluit ik mij aldus aan bij de opvatting van degenen in Nederland en Duitsland die, met inachtneming van de auteursrechtelijke dimensie van de aanschaf van standaardsoftware, toch van mening zijn dat deze als een koop kan worden gekwalificeerd. Ik behoeft niet een eventueel zaakskarakter van software voorop te stellen⁷³ of aan te haken bij de stoffelijkheid van de drager,⁷⁴ maar kan ik de in het licht van het auteursrecht begrijpelijker route kiezen van de (eventueel naar analogie toe te passen) analogiebepaling 7:47 BW in het kooprecht.

Op deze wijze kan ik de opvatting van de minister verenigen met een auteursrechtelijke kijk op de aanschaf van software. Deze staat naar mijn opvatting niet gelijk met de aanschaf van welke stoffelijke zaak dan ook, zoals de minister lijkt te suggereren. Het verschaffen van de gebruikslicentie is een verlenen van een andersoortig vermogensrecht dan het 'stoffelijke' eigendomsrecht. De voor-

⁷⁰ In dat laatste geval is art. 7:47 BW naar analogie van toepassing.

⁷¹ Vergelijk Asser/Hijma 2001, a.w., p. 122-123 en B. Wessels 2004, Monografieën Nieuw BW. Koop: algemeen, Deventer: Kluwer 2004, p. 86.

⁷² Wessels 2004, a.w. noot 71, p. 87. De overeenkomst voor plaatsing van aandelen is volgens Wessels geen koopovereenkomst. Hij laat in het midden of art. 7:47 BW bij deze overeenkomsten van overeenkomstige toepassing is.

⁷³ Westerdijk 1995, a.w. noot 71., p. 194-195.

⁷⁴ Van Schelven en Struik 1995, a.w. noot 44, p. 70-71; H. Struik, 'Het millenniumprobleem ook zonder onderhoudscontract', *Bb* 1999-9, p. 101-102.

delen die de CCA heeft geïdentificeerd vóór de toepasselijkheid van het kooprecht kan ik wel handhaven. De rechter kan immers op deze wijze aan de hand van heldere maatstaven beslissen wanneer het kooprecht kan worden toegepast, en de contractspraktijk kan daarmee rekening houden. Voorts kan de consument profiteren van de dwingende bepalingen van het consumentenkooprecht bij bijvoorbeeld de beoordeling van de kwaliteit van het softwareproduct.

Uit dit alles moge blijken dat ik goeddeels kan instemmen met de overweging van de rechtbank inzake Coss/TMDData, die ik hiervoor ook al weergaf:

Uit hetgeen in deze procedure is gesteld en gebleken kan niet worden geconcludeerd dat partijen zijn overeengekomen dat aan Coss meer dan een diskette met dbVista en een gebruiksrecht voor dat programma werd verkocht. Een dergelijke transactie is ook niet ongebruikelijk, aangezien een computerprogramma in het algemeen auteursrechtelijk beschermd is en er derhalve voor zo een programma, tenzij partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen, slechts gebruiksrechten of licenties worden verleend. Ook de term ‘licentie’ in de offerte wijst erop dat het er de partijen niet om te doen was aan Coss de eigendom van het programma dbVista over te dragen, zodat het ervoor gehouden moet worden dat aan Coss een gebruiksrecht is verkocht.

Ik ben het er inderdaad mee eens dat een gebruikslicentie (of, zoals de rechtbank hier in aansluiting met in de praktijk gehanteerde termen zegt: gebruiksrecht) kan worden verkocht. Onder de wat raadselachtige overweging dat het niet de bedoeling was de eigendom over te dragen moet, zo is mijn beste gissing, worden verstaan dat het niet de bedoeling was het auteursrecht op de software over te dragen. Anders dan in deze bijdrage werd aangenomen waren de hoedanigheden van de auteursrechthebbende en die van de leverancier niet in één hand. Dat is het geval, zoals kennelijk in het zaak Coss/TMDData werd aangenomen, indien de tussenhandelaar niet namens de auteursrechthebbende de software in het verkeer brengt. Een uitwerking van deze problematiek zou hier te ver voeren.

4.6 De casus

De casus die ik aan het begin van deze bijdrage heb geschetst, kennen zo de volgende uitkomst.

Casus 1: apparaat met software

In het geval dat apparatuur wordt aangeschaft waarin software is verwerkt, heeft de aanschaf geen auteursrechtelijke dimensie. Daarom is bij deze overeenkomsten (uiteraard voor zover deze zijn gericht op de overdracht van de eigendom van het apparaat) het kooprecht direct van toepassing.

Casus 2: softwarepakket ‘over the counter’

Bij deze casus wordt een standaardsoftwareproduct in een pakket aangeleverd. De gebruikslicentie is beperkt tot het thuisgebruik voor één computer. Deze wordt verschaft door de auteursrechthebbende aan de verkrijger.⁷⁵ Hier kan de kwalificatie ‘koop’ niet worden bereikt door alleen maar te wijzen op de stoffelijke drager waarop de software werd aangeleverd. Gezien de contractsvoorwaarden lijkt het wel mogelijk naar analogie de kwalificatie te bereiken. Immers: de software wordt tegen een eindprijs verschaft en de opzeggingsmogelijkheid waarin bij het contract wordt voorzien is slechts een herhaling van wat al uit de auteursrechtelijke bevoegdheden van de auteur zou voortvloeien. Zij die de software zonder meer als zaak zien zouden hier slechts spreken van de koop van een zaak tussen de winkelier en de verkrijger. Thole en de Graaf zouden hier echter spreken van een huur resp. onbenoemde overeenkomst tussen de auteur en de verkrijger.

Casus 3: telesoftware

Hier wordt software via telecommunicatie aangeleverd bij de verkrijger. Dit staat de toepasselijkheid van het kooprecht, net zoals in de vorige casus, niet in de weg. Er zijn geen specifieke gebruiksvoorwaarden opgenomen. Geconfronteerd met de vraag naar de omvang van zijn gebruiksrecht, zal de verkrijger moeten kijken naar de open norm van art. 45j Aw. Dit zal de verkrijger in het algemeen enige vrijheid geven het beoogde gebruik in te vullen.

Casus 4: software met ‘site-license’ en helpdesk service

Hier wordt een softwarepakket geleverd waarbij deze op een netwerk gelijktijdig door verschillende personen kan worden gebruikt. Deze omvang van de gebruikslicentie zegt evenwel nog niets over de aard van de overeenkomst. Gegeven is dat na opzegging van de helpdeskrelatie (die afzonderlijk moet worden beschouwd van de gebruiksrelatie) de gebruikslicentie in stand blijft. Verdedigbaar is dan dat net als in de vorige twee casus het kooprecht voor het gebruiksgedeelte van toepassing is.

Casus 5: PC met applicatiesoftware

In deze casus wordt K door koop eigenaar van de PC en aangezien deze PC drager is van de software, dus ook van de bij die PC nage trokken software. Hier blijkt echter dat de gebruikslicentie zo is ingericht dat de software slechts gedurende twee jaar mag worden gebruikt. Ten aanzien van de applicatiesoftware

⁷⁵ Dat dit anders kan zijn, blijkt uit het hierboven behandelde geval inzake Coss/TM Data. Zoals gezegd voert een behandeling van de problematiek rond tussenpersonen hier te ver.

kan daarom niet worden gesteld dat deze door koop werd verkregen. Eerder lijkt huur de meest geëigende kwalificatie. Met deze casus laat zich goed illustreren dat de eventuele eigendomsoverdracht van een drager niets te betekenen heeft voor het recht van de verkrijger om de software.⁷⁶

⁷⁶ Vergelijk: Neppelenbroek 2001, a.w., p. 126-127.

5. VERKRIJGERS EN RESELLERS: SOFTWAREDISTRIBUTIE OP HET SNIJVLAK VAN HET VERMOGENSRECHT EN HET AUTEURSRECHT¹

5.1 Inleiding

Software levert als juridisch verschijnsel bijzonder veel interessante civielrechtelijke vragen op. Veel van deze vragen zijn ontstaan door de licentiepraktijk die na de invoering van de Europese softwarerichtlijn² een auteursrechtelijke basis heeft gekregen in art. 45i en 45j Aw.³ Een vraag is al zo oud als die licentiepraktijk: aan wie moeten welke verantwoordelijkheden worden toegekend wanneer een (standaard)softwareproduct niet door de auteursrechthebbende/producent (hierna: A/P) wordt verkocht⁴ aan de gebruiker (hierna: G), maar via een tussenhandelaar, de ‘reseller’ (hierna: R)? In dat geval heeft G R tegenover zich, maar wenst A/P G, bijvoorbeeld door middel van een zogenoemde shrink-wrap-licentie, over het hoofd van R heen te binden aan zijn specifieke licentievoorwaarden, zoals gebruiksbeperkingen en exonerationen.⁵

¹ E.D.C. Neppelenbroek is UD privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, later met enkel redactionele wijzigingen vervangen door Richtlijn 2009/24 van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (Pb EU 2009, L 111, p. 16-22).

³ De positie van de softwareverkrijger tegenover de auteur is onderwerp van een uitgebreide discussie. Het valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage de hier gebruikte opvatting, dat de verkrijger een auteursrechtelijke bevoegdheid nodig heeft om van de software gebruik te mogen maken, af te wegen tegen andere. Zie hierover: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005; P.C. van Schelven, H. Struik & W.A.J. Hoorne-man, *Softwarerecht: bescherming en gebruik van programmatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer: Kluwer 2010. Zie verder: E.D.C. Neppelenbroek, 'Software: De auteur, de verkrijger en derden,' *AMI* 2006-4, p. 109-118 [hier hoofdstuk 3]; E.D.C. Neppelenbroek: 'Over de verkrijger van software en over het neerhalen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht,' te verschijnen [hier hoofdstuk 2].

⁴ Onder welke omstandigheden het kooprecht van toepassing is bij de aanschaf van software is beslist in: HR 27 april 2012, LJN:BV1301 (De Beeldbrigade). Vergelijk eerder: E.D.C. Neppelenbroek, 'De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht,' *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2005-2, p. 4-28 [hier hoofdstuk 4]. In dat artikel is de problematiek over de distributie via een reseller niet besproken.

⁵ Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vragen is de positie van de uiteindelijke softwareverkrijger. De juridische verhouding tussen A/P en R komt derhalve alleen zijdelings aan de orde. Zie over die verhouding: P.G. van der Putt, 'Is de VAR-overeenkomst een agentuurovereenkomst?' *CR* 2003/4, p. 231-236; P.G. van der Putt: *Distributie van software*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006; P.H. Blok (red.), *Overeenkomsten inzake informatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 127-132; Rb. Breda 3 oktober 2003 LJN: AL7486, waar

De shrink-wraplicentie is al lange tijd omstreden.⁶ Dit juridische arrangement wordt hieronder kritisch geanalyseerd op haar juridische houdbaarheid, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Daarna wordt gekeken naar alternatieve mogelijkheden. Welke mogelijkheden zijn er om de softwaredistributie wel hanteerbaar te krijgen?

In paragraaf 5.2 bespreek ik de distributie van stoffelijke exemplaren van auteursrechtelijk beschermde werken in het algemeen (met het gewone papieren boek als voorbeeld) en de softwaredistributie in het bijzonder. Tussen de normale distributie en de softwaredistributie bestaan enige belangrijke verschillen die gelegen zijn in de genoemde auteursrechtelijke softwareregeling. In paragraaf 5.3 wordt ingegaan op de geldigheid van de in de literatuur breed bediscussieerde en in de praktijk gehanteerde shrink-wraplicenties. Daarbij wordt ingegaan op de juridische situatie in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Op dat moment kan in paragraaf 5.4 een scherpe blik worden geworpen op vier verschillende methoden van softwaredistributie via een reseller, waarbij de auteur/producent al dan niet in een contractuele relatie met de verkrijger komt te staan. Daarbij worden de mogelijkheden voor de auteur/producent weergegeven om het gebruik van de software door G aan bijzondere voorwaarden te onderwerpen. Bij wege van slot wordt op een rij gezet welke vragen A/P zich moet stellen als hij de keuze maakt voor een bepaalde manier van distributie van software.

een distributeur in eigen naam softwareproducten inkocht bij de auteursrechthebbende en doorverkocht aan wederverkopers (resellers).

⁶ 'Vroege' beschouwingen over dit onderwerp, zie: R.J.J. Westerdijk en F. van der Klaauw, 'De shrink-wrap licentie', *CR* 1991-1, p. 18-24; F.W. Grosheide, 'Shrink-wrap-license', *WPNR* 1997, p. 153-154; F.W. Grosheide, 'Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap licenses,' in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 163-194; B.W.M. Trompenaars, 'Legal support for online contracts,' in: P.B. Hugenholtz (red.): *Copyright and electronic commerce*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer law international 2000; C. Girot, *User protection in IT contracts: a comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology* (diss. Tilburg), Den Haag: Kluwer law international 2001; L.M.C.R. Guibault, *Copyrights limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright* (diss. UvA Amsterdam), Den Haag – Londen – Boston: Kluwer law international 2002.

Vanaf 2003 ontspan zich de discussie opnieuw, zie: M.W. Scheltema en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?' *Computerrecht* 2003, p. 244-248; P.H. Blok en T.J.M. de Weerd, 'Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar', *Computerrecht* 2004, p. 126-128; R.J.J. Westerdijk, 'Reactie. Openen en klikken: overeenkomst gesloten', *Computerrecht* 2004, p. 280-282 – met naschrift van Scheltema en Tjong Tjin Tai (p. 282-284); en M. Berghuis, *Informatielicenties. Een analyse van UCITA en de rechtspraktijk in Nederland en de Verenigde Staten*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2005.

5.2 *De distributie van werkexemplaren*

5.2.1 Algemeen

Er zijn minimaal drie partijen nodig om een exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk te (doen) verspreiden in het verkeer. De exemplaren moeten ergens vandaan komen, oftewel er moet een producent zijn. Deze producent (of een importeur of tussenhandelaar) brengt de exemplaren naar de tweede partij, de reseller (bijvoorbeeld een detailhandelaar) die de exemplaren op haar beurt naar de derde partij, de gebruiker (het publiek) in het verkeer brengt.

Er kan op twee manieren gekeken worden naar deze distributieketen. In de eerste plaats vanuit auteursrechtelijk perspectief. Gegeven het feit dat de exemplaren auteursrechtelijk beschermd zijn, valt de eerste distributie van exemplaren ervan onder het exclusieve recht van de auteur om het werk openbaar te maken. R heeft dus op basis van het auteursrecht de toestemming nodig van A/P om de exemplaren aan het publiek te mogen verspreiden (of zelfs aan te bieden).⁷ Geschiedt de verspreiding door de distributie van de eigendom, dan koopt R de eigendom van de exemplaren in bij A/P en verkoopt hij de (eigendom van) de exemplaren door aan V. De toestemming die R van A/P moet hebben om het boek te mogen verkopen heeft V niet nodig ter zake van de doorverkoop. Het recht op verdere eigendomsverspreiding van een door of met toestemming van A in het verkeer gebracht exemplaar is jegens V uitgeput (art. 12b Aw).⁸

Uit vermogensrechtelijk perspectief is hier een distributierelatie tussen A/P en R (geschraagd door de bovengenoemde auteursrechtelijke toestemming om de exemplaren in het verkeer te mogen brengen).⁹ Tussen A/P en R respectievelijk R en V bestaat in verbintenissenrechtelijk opzicht verder telkens een koopovereenkomst die in goederenrechtelijk opzicht tot titel dient van een eigendomsoverdracht van de exemplaren. V heeft met A/P slechts indirect te maken. In zijn hoedanigheid als producent kan A/P theoretisch buitencontractueel met V van doen krijgen als het exemplaar volgens de regels aangaande de producten-aansprakelijkheid schade zou veroorzaken. Verder geldt voor V dat hij weliswaar door de uitputtingsregel een zekere vrijheid geniet, maar overigens moet de verkrijger natuurlijk wel het auteursrecht van A/P (in zijn hoedanigheid als auteur) respecteren. V sluit dus met R een koopcontract en A/P staat voor V in vermogensrechtelijke zin op de achtergrond.

⁷ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 3, p. 182-183.

⁸ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 3, p. 183-184.

⁹ Zie over de intersectie tussen het vermogensrecht (de distributieovereenkomst) en het intellectuele eigendomsrecht vanuit een vermogensrechtelijke analyse: J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997, p. 128-131.

5.2.2 Softwarepakketten en de Europese richtlijn

De distributie van softwarepakketten is niet op een lijn te plaatsen met die van boekexemplaren. Het bijzondere van het auteursrecht op software is dat de auteur (A/P) veel duidelijker dan bij boeken bij de gebruiker (G) van de software (V) betrokken blijft, en wel in een licentierelatie.

De bijzondere auteursrechtelijke regeling in de Europese Softwarerichtlijn (verder: Swrl), geïmplementeerd in art. 45h Aw en verder, is hiervan de oorzaak. Deze wordt hieronder in grove lijnen op de punten die voor deze analyse van belang zijn geschetst.¹⁰ In de eerste plaats bevat deze richtlijn – net als het ‘gewone’ auteursrecht – voor A/P een distributierecht die wordt begrensd door een uitputtingsregel (art. 4 lid 1 sub c Swrl en art. 4 lid 2 Swrl). Deze bepalingen worden evenwel op een bijzondere manier doorkruist door bepalingen omtrent het verveelvoudigen van software (art. 4 lid 1 aanhef en onder a en art. 5 lid 1 Swrl).

Heel algemeen zou men kunnen zeggen dat er uiterlijk softwarepakketten worden overgedragen van A/P naar R en vervolgens naar G, maar daarmee is eigenlijk nog helemaal niets gezegd. Het bijzondere van het auteursrecht op software is dat G met de verkregen eigendom van het exemplaar alleen niet ver komt. In art. 45i Aw (art. 4 lid 1 aanhef en onder a Swrl) worden handelingen die voor het gebruik van software onontbeerlijk zijn onder het verveelvoudigingsrecht van de auteur gebracht.¹¹ Iedere gebruiker (en dus ook de eigenaar van het exemplaar) heeft daarom de toestemming nodig van de auteur om van het softwareproduct welk gebruik dan ook te mogen maken.

Uit art. 45j e.v. Aw (art. 5 lid 1 Swrl) blijkt dat de wetgever de gebruiker niet in de steek heeft willen laten: de gebruiker, die als ‘rechtmatige verkrijger’ van software kan worden aangeduid, heeft enige minimumrechten die een voortdurend gebruik ‘voor het beoogde doel’ van de software moet garanderen. De minimumrechten zijn van dwingend recht en mogen dus ten opzichte van rechtmatige verkrijgers niet worden ‘weggecontracteerd.’ Wel blijkt uit de aanhef van art. 45j Aw (‘tenzij anders is overeengekomen’) dat de auteur nadere gebruiksvoorwaarden kan opleggen. Deze kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het aantal personen of computers waarmee de software gebruikt mag worden. Als er geen voorwaarden zijn afgesproken, onder andere wanneer een kopie zonder meer is verkocht, dan staat het de verkrijger blijkens overweging 13 Swrl vrij de software overeenkomstig het beoogde doel van de software te gebruiken, ook al betekent dit gebruiken (wegens het laden en uitvoeren van de software) in technische zin het uitvoeren van reproductiehandelingen.

Naar mijn mening is art. 45j Aw ten opzichte van art. 45i Aw in die zin een beperkte uitzondering dat wanneer de licentiegever op grond van het auteursrecht aan de verkrijger een licentie verleent, deze licentie een aantal basis-

¹⁰ Voor nadere beschouwingen en alternatieve opvattingen betreffende dit onderwerp, zie de bronnen die zijn genoemd in noot 3.

¹¹ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 3, p. 595.

bevoegdheden (laden, uitvoeren, verbeteren van fouten, vervaardigen van een back-up) moet bevatten die een minimaal gebruik van de software mogelijk moeten maken.¹² Bij de verkoop van een kopie van de software wordt uit hoofde van art. 45j Aw de benodigde gebruikslicentie impliciet verleend bij de verkoop van het exemplaar. De impliciete licentie en de omvang ervan komt hieronder in paragraaf 5.3.4 terug in de bespreking van de distributie van de software via resellers (de nuloptie).

Wat betekent dit voor de distributie van softwarepakketten? Het onderscheid bij boeken, tussen het auteursrechtelijke perspectief en het vermogensrechtelijke perspectief, valt niet zo eenvoudig meer te maken. Door het bijzondere verveelvoudigingsrecht dat tot het eindgebruik aan toe de positie van G bepaalt, kan het distribueren van software niet eenvoudig worden gelijkgesteld met de doorverkoop en eigendomsoverdracht van exemplaren tegen een auteursrechtelijke achtergrond.¹³ Want: hoe vallen de benodigde auteursrechtelijke softwarelicenties in de distributie in te bouwen? In paragraaf 5.3 zal kritisch worden bekeken hoe de praktijk dit probleem oppakt door middel van de zogenoemde shrink-wraplicenties.

5.3 *Softwaredistributie en de discussie rond shrink-wraplicenties*

5.3.1 Shrink-wraplicenties

Op verschillende plaatsen is erop gewezen dat A/P er belang bij heeft het gebruik door G te registreren.¹⁴ Daarbij wordt gewezen op een praktijk, waarbij A/P bij de distributie een schriftelijk document met de gebruiksvoorwaarden bijvoegt in het softwarepakket. Nu dit pakket vaak wordt aangeleverd in een krimpfolieverpakking, worden deze gebruiksvoorwaarden ook wel shrink-wraplicenties genoemd. Een (tegenwoordig vaker gebruikte) variant is dat G na levering van het pakket de voorwaarden als elektronisch document te zien krijgt bij het opstarten of installeren van de programmatuur. Vaak hoeft G alleen maar op een OK-button te klikken om met de voorwaarden akkoord te gaan. Deze wijze van contracteren moet overigens worden onderscheiden van de zoge-

¹² Anders: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 3, p. 596, die niet de licentievoorwaarden, maar alleen objectieve omstandigheden bepalend achten voor het beoogde gebruik. Eventueel tussen partijen afgesproken voorwaarden gelden wat hen betreft enkel 'inter partes.' Struik, Van Schelven en Hoorneman 2010, a.w. noot 3, p. 163 gaan er wel vanuit dat het beoogde gebruik door licentievoorwaarden kan worden ingevuld.

¹³ Zie over de vraag of bij de verspreiding van software tussen A/P en R sprake is van een agentuur of een distributie: Van der Putt 2006, a.w. noot 5.

¹⁴ Zie, onder meer: Grosheide 1997, a.w. noot 6, p. 153; Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 17.

noemde click-wraplicentie, waarbij G met een klik akkoord gaat met voorwaarden voordat hij een informatieproduct online via een download aanschafft.

In deze shrink-wraplicenties treft men vaak uitgebreide voorwaarden aan over allerlei onderwerpen. Kortweg kunnen de volgende categorieën bepalingen worden aangetroffen:

- bepalingen over de omvang van de te vestigen gebruikslicentie;
- bepalingen over de aard van de te vestigen licentie (niet-exclusief; overdraagbaar/niet-overdraagbaar);
- bepalingen over de kwaliteit van het informatieproduct waarop de gebruikslicentie betrekking heeft (garanties/exoneraties);
- bepalingen over de licentieovereenkomst (bijvoorbeeld bepalingen over geschilbeslechting en rechtskeuze).

Voor deze bijdrage is het nuttig om te constateren dat er zowel bepalingen over het kunnen gebruiken als over het mogen gebruiken in de licentievoorwaarden staan. De kennelijke bedoeling van A/P is onder deze voorwaarden een ‘full-blown’ licentieovereenkomst met G te sluiten met betrekking tot het te gebruiken auteursrechtelijk beschermde softwareproduct.

5.3.2 De discussie in de literatuur

Over de shrink-wraplicenties is een uitgebreide discussie ontstaan. Sommige auteurs, onder wie Berghuis, net als Scheltema en Tjong Tjin Tai, staan kritisch tegenover de doeltreffendheid van de praktijk van de shrink-wraplicenties. Anderen, waaronder Blok en De Weerd, en Westerdijk staan positiever tegenover deze licenties. Het zwaartepunt van de ontstane discussie ligt bij de vraag op welk moment de verkrijger deze licenties onder ogen moet krijgen om te kunnen gelden, gezien de vermogensrechtelijke regels van de totstandkoming van de overeenkomst.

Berghuis maakt een onderscheid tussen de koopovereenkomst en de licentieovereenkomst.¹⁵ Daarbij gaat het wat betreft de koopovereenkomst volgens haar om de drager die wordt verkocht door de reseller en bij de licentieovereenkomst om de toestemming voor het gebruik, die wordt verleend door de producent. Het is volgens haar de licentie met betrekking tot het werk dat het gebruik van de software rechtvaardigt. Berghuis acht het logisch en gewenst voor de te sluiten licentieovereenkomst de voorschriften betreffende de consumentenkoop analoog toe te passen.¹⁶ Hierdoor gaat zij er (voorzichtig) vanuit dat het kooprecht op de licentieovereenkomst van toepassing kan zijn. Dat zou naar mijn mening de juiste lijn zijn. Dan zou namelijk vervolgens uit haar opvatting kunnen voortvloeien dat A/P bij de geldige totstandkoming van een overeenkomst via shrink-wrap ook de contractuele verantwoordelijkheid heeft met be-

¹⁵ Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 20.

¹⁶ Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 51.

trekking tot de functionaliteit van het informatieproduct. Dat conformiteitsaspect (en dat valt te billijken uit het oogpunt van het beperken van het onderzoeksveld) wordt in haar onderzoek niet nader uitgewerkt. Men zoekt in haar onderzoek ook tevergeefs naar het juridische gevolg van het mislukken van de totstandkoming van de shrink-wraplicentie. Heeft G dan wel of niet een recht om de software te gebruiken?

Scheltema en Tjong Tjin Tai vinden dat dit wel het geval zou zijn. Hun benadering van de shrink-wrap is dat G als rechtmatige verkrijger van een exemplaar de software op basis van art. 45j Aw mag gebruiken, ook als er geen expliciete licentieovereenkomst is tot stand gekomen. Het is dan *het eigendomsrecht op het exemplaar* dat het gebruik van de software rechtvaardigt.¹⁷ Als dat zo is, waarom dan ook nog een beperkende shrink-wrap aanvaarden die als mosterd na de maaltijd komt?

Blok en De Weerd reageren op Scheltema en Tjong Tjin Tai door te stellen dat alles wat G contractueel van A/P mag verwachten in een licentieovereenkomst staat en dat het wel meevalt met de gebruiksbeperkingen. Zo heeft een gebruiker van een Microsoft-softwareproduct volgens de licentievoorwaarden in sommige gevallen liefst 3 maanden een garantie voor het herstellen van de software als er fouten zijn. Dat had G toch mooi niet gehad als hij niet akkoord was gegaan met de licentievoorwaarden! Dat is in hun ogen alleen maar winst.¹⁸ Ook Westerdijk wijst erop dat een shrink-wrap naast beperkingen ook aanvullende contractuele rechten kan bevatten.¹⁹

5.3.3 Reactie

Uit de analyse van de auteursrechtelijke achtergrond van de distributie van software in paragraaf 5.2.2 is gebleken dat het een auteursrechtelijke licentie is die het gebruik van de software door G rechtvaardigen.²⁰ Voor een juist begrip van de hiervoor beschreven discussie geef ik kort aan waar de analyse bij de hierboven genoemde opvattingen volgens mij hapert.

Als belangrijkste uitlegbron voor de vraag wat de bevoegdheid software te gebruiken rechtvaardigt, halen Tjong Tjin Tai en Scheltema de Europese Commissie in een verslag over de Softwarerichtlijn.²¹ Daarin wordt over art. 45j Aw opgemerkt dat als 'rechtmatig verkrijger' kan worden aangemerkt 'een koper, licentienemer, huurder of een persoon die toestemming heeft om namens

¹⁷ Scheltema en Tjong Tjin Tai 2003, a.w. noot 6, p. 245-246.

¹⁸ Blok en De Weerd 2004, a.w. noot 6, p. 127.

¹⁹ Westerdijk 2004, a.w. noot 6, p. 251.

²⁰ Ik herhaal dat de auteursrechtelijke discussie, waaruit blijkt dat hierover anders kan worden gedacht, geen onderwerp is van deze bijdrage. Zie noot 3.

²¹ Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over de tenuitvoerlegging en de effecten van Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's.

een van vorengenoemden het programma te gebruiken.’ In het woord ‘koper’ lezen zij ‘koper van het stoffelijk exemplaar’ en daaruit trekken zij de conclusie dat de koper als eigenaar van het exemplaar de software mag gebruiken. Het wordt dan duidelijk dat elke licentieovereenkomst verlies is voor de gebruiker: het eigendomsrecht is immers ‘het meest omvattende recht’ (art. 5:1 BW).²² Twee tegenwerpingen. Naar mijn opvatting moet als eerste uit het samenstel art. 45i en art. 45j Aw worden afgeleid dat G *altijd* een licentie nodig heeft om van software gebruik te mogen maken. Er moet dus, naast de verkrijging van de eigendom, altijd iets meer komen waardoor zijn verkrijging rechtmatig wordt. Dat meerdere is de obligatoire licentieverhouding met A/P. Ten tweede lijkt uit het stuk van Tjong Tjin Tai en Scheltema voort te vloeien dat zij de koopovereenkomst automatisch koppelen aan de aanschaf van software op een stoffelijke drager. G kan echter ook een koper van software zijn als hij deze heeft gedownload, mits dit gebruik niet in tijdsduur is beperkt en er een bepaalde prijs voor is betaald.²³

De belangrijkste tegenwerping tegen de opvatting van Blok en De Weerd (en Westerdijk) is dat zij de licentieovereenkomst voor G als winst zien, terwijl dat helemaal niet zo hoeft te zijn. Het voorbeeld van Blok en De Weerd betreffende de drie maanden garantie kan zeer wel een verkapte exoneratie zijn. Het is onterecht dat zij er vanuit gaan dat deze garantie voor A/P onverplicht is (als ware het een fabrieksgarantie bij een wasmachine). Dit terwijl de licentie bij een shrink-wrap de volledige kooprelatie omvat voor wat betreft het vastgelegde informatieproduct. Een garantie van drie maanden lijkt wel erg kort, zeker wanneer dat zou betekenen dat G na die periode niets van A/P heeft te verwachten. A/P heeft zich dan eenvoudigweg aan art. 7:17 BW te houden, en dat is bij consumentenkoop dwingend recht.

Berghuis zit volgens mij op het goede spoor met het uiteenhouden van de licentieovereenkomst voor het werk en de koopovereenkomst voor het exemplaar. Het lastige in de analyse is dat de nadruk in de verhoudingen op de het licentiedeelte ligt en dat de koopregeling ook (juist) voor de licentieovereenkomst van toepassing kan zijn. Berghuis richt haar aandacht op de vraag of via shrink-wraps de licentieovereenkomsten tussen A/P en G tot stand kunnen komen. Zij gaat niet in op de vraag wat er gebeurt als de shrink-wraps geen effect hebben. Als G niet genoeg heeft aan zijn eigendomsrecht op het exemplaar om de software te mogen gebruiken, wat is dan de positie van G als rechtmatige verkrijger dan wel?

Om deze vraag te beantwoorden behandel ik eerst de casus dat A/P zijn software in het verkeer brengt zonder zich te bekommeren over bijzondere

²² Bij de opvatting van Scheltema en Tjong Tjin Tai heeft ook de toelichting bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel een rol gespeeld, (89/C91/05) van 5 januari 1989, COM(88) 816 def. – SYN 183, PbEG, C 91/4 van 12 april 1989. Daarin werd een met hun opvatting vergelijkbare lijn gevolgd door een onderscheid te maken van koop- en licentieovereenkomst. Dit onderscheid is echter in de uiteindelijke versie van de softwarerichtlijn niet meer terug te vinden.

Zie Scheltema en Tjong Tjin Tai 2003, a.w. noot 6, p. 245, noot 14.

²³ Vergelijk: HR 27 april 2012, LJN: BV1301, rov. 3.5 (De Beeldbrigade).

voorwaarden waaronder het gebruik door de verkrijgers mag plaatsvinden (5.3.4, de ‘nuloptie’). Vervolgens behandel ik de casus waarin een A/P weliswaar een shrink-wrap bij het softwareproduct heeft gevoegd, maar op een zodanige manier dat deze niet toepasselijk is. Wie is dan de contractuele wederpartij van G en wat is dan de omvang van zijn gebruiksrecht? (5.3.5). In de volgende paragraaf ligt dan de weg open om aan te geven welke mogelijkheden er zijn voor A/P om, al dan niet contractspartij van G wordende, wél zijn bijzondere voorwaarden van toepassing te laten zijn.

5.3.4 De ‘nuloptie’

Auteurs/producenten kunnen hun softwareproducten in het verkeer brengen zonder mededeling te doen over de manier waarop ze de producten willen laten gebruiken. Gesteld dat op deze manier de software rechtmatig in het verkeer is gebracht, is ook de opvolgende verkrijging van R naar G rechtmatig in de zin van art. 45j Aw. R brengt in dit geval G in een obligatoire licentieverhouding met A/P, zij het dat de wet en niet specifieke, door A/P opgestelde licentieovereenkomst de hoegrootte van de licentie bepaalt. Deze licentie is niet uitdrukkelijk overeengekomen, maar is geïmpliceerd door de rechtmatige distributie van de software (vergelijk hiervoor, paragraaf 5.2.2). Nu niets anders is overeengekomen, heeft G op basis van art. 45j Aw een licentie voor gebruik ‘voor het beoogde doel’ dat hij tot op zekere hoogte zelf mag invullen. Daarbij moet hij de grenzen van het auteursrecht uiteraard wel respecteren; zo mag G de software bijvoorbeeld niet verder verhuren en tevens mag hij de software niet publiek toegankelijk maken. Gebruik op een eigen bedrijfsnetwerk zal echter wel zijn toegestaan.

Het beoogde gebruiksdoel kan soms worden afgeleid uit technische maatregelen rondom de software of uit benaming van de producten (‘thuisversies’ van software zullen bijvoorbeeld niet op een bedrijfsnetwerk mogen worden geïnstalleerd). Op deze manier kan A/P invloed uitoefenen op het recht van de G zonder een contract te hoeven gebruiken. Doordat hier niet aan de hand van bijzondere gebruiksvoorwaarden het gebruiksrecht van G wordt bepaald kan ook wel gesproken van een betrekkelijk open licentie, waarvan de omvang aan de hand van de wet en/of bijzondere omstandigheden moet worden bepaald.

Als A/P ervoor kiest de software zonder bijzondere voorwaarden via R in het verkeer te brengen, dan raakt hij niet contractueel betrokken met G. A/P kan hoogstens buitencontractueel, zoals via de regeling betreffende producten-aansprakelijkheid, betrokken raken.

5.3.5 De shrink-wrap en de passieve A/P

5.3.5.1 Het probleem van toepasselijkheid

Bij de praktijk van de shrink-wraps lijken de auteurs/producenten zich meestal een passieve houding aan te meten. De gebruiksvoorwaarden worden als shrink-wrap bij het pakket gevoegd en men hoopt dan maar dat deze onderdeel gaan uitmaken van de licentieverhouding tussen hen en de gebruikers. Daarbij zal vaak op de verpakking van het softwareproduct zichtbaar worden gemaakt dat G zich akkoord dient te verklaren met de bijgevoegde licentievoorwaarden. De vraag, waarover in de literatuur veel is gediscussieerd of dat ook de voorwaarden toepasselijk maakt.

5.3.5.2 Shrink-wraps als algemene voorwaarden

Voor de beoordeling van deze vraag maakt het enig verschil of de voorwaarden in shrink-wraplicenties als essentialia van de overeenkomst worden aangemerkt of als deel van de algemene voorwaarden. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden wordt namelijk ook aangenomen als op het moment dat deze als geheel worden aanvaard de gebruiker van de algemene voorwaarden wist dat ze niet gelezen waren (art. 6:232 BW). Essentialia van de overeenkomst moeten uiteraard wel bij de wederpartij bekend zijn.

In de literatuur is verdedigd dat gebruiksvoorwaarden zoals we die tegenkomen in shrink-wraps moeten worden gezien als de essentialia van de overeenkomst. De redenering lijkt te zijn: als de auteur per contract mag invullen op welke wijze de verkrijger van de software gebruik mag maken, dan is dat een essentieel onderdeel van een contract dat op dezelfde lijn staat als de afgesproken prijs en het product.²⁴ Het kan bondiger worden geformuleerd: 'the license is the product.'²⁵

Ik kan deze opvatting, althans naar Nederlands recht, niet onderschrijven. De shrink-wraplicentie die aan het pakket is toegevoegd kan worden beschouwd als een pakket van algemene voorwaarden. Dit geldt ook voor daarin weergegeven gebruiksvoorwaarden en zelfs voor de eventuele voorwaarde waar-

²⁴ Guibault lijkt deze opvatting voor bepalingen met betrekking tot de hoegrootheid van de gebruikslicentie te omarmen. Zie: Guibault 2002, a.w. noot 6, p. 254. Open source licenses lijkt zij voornamelijk als algemene voorwaarden te zien. Zie hierover: L.M.C.R Guibault, *Unravelling the myth around open source licenses: an analysis from a Dutch and European law perspective*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006, p. 62-63.

²⁵ Aangehaald door Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 9.

in een maximum tijdsduur van een licentie is weergegeven.²⁶ Kernbedingen bij de overeenkomst zijn uitsluitend die onderdelen zonder welke geen overeenkomst kán ontstaan. Daarbij geldt, dat partijen niet zelf hun voorwaarden als kernbedingen kunnen aanmerken ook al is een voorwaarde voor hen heel belangrijk.²⁷

Bij het ontbreken van een geldige shrink-wrap kan er echter wel degelijk een geldige overeenkomst ontstaan tussen R en G, hoe vervelend het misschien ook is voor A/P dat hij zijn specifieke voorwaarden niet heeft kunnen opleggen. De rechtmatig in het verkeer gebrachte software mag door G als verkrijger bij het ontbreken van specifieke gebruiksvoorwaarden op de voet van art. 45j Aw worden gebruikt, net zoals wanneer A/P zich na rechtmatige distributie niet bemoeit met het invullen van het beoogde gebruik. G mag dan binnen auteursrechtelijke grenzen in beginsel zelf uitmaken hoe intensief en hoe lang hij van de software gebruikt maakt. Ook zonder een specifieke *licentieovereenkomst* tussen A/P en G ontstaat er dus een *licentieverhouding* tussen A/P en G, en wel voor de laatste meestal een ruimere.²⁸ R, die (mogelijk in strijd met zijn contractuele verplichtingen met A/P) er niet voor heeft gezorgd dat A/P en G een licentieovereenkomst zijn aangegaan, heeft zich nu zelf contractueel verbonden voor wat betreft de koopovereenkomst met betrekking tot het informatieproduct.

Zo is duidelijk dat de shrink-wrap geen essentieel onderdeel is voor het ontstaan van de overeenkomst tussen G en R en evenmin voor het ontstaan van de licentieverhouding tussen G en A/P. De vraag naar de toepasselijkheid van deze licenties kan daarom worden beschouwd als die naar de toepasselijkheid van een set algemene voorwaarden.²⁹

5.3.5.3 De praktijk

Een niet-representatieve raadpleging van enkele verkoopsites leert dat webverkopers gebruikers liever niet lastig vallen met (vermeldingen van) specifieke

²⁶ Berghuis ziet het gros van de voorwaarden als algemene voorwaarden, maar dit laatste ziet zij als een kernbeding, Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 48. Vergelijk over de tijdsduur van een licentie als algemene voorwaarde, zij het in een andere situatie: Hof 's-Gravenhage 28 september 2006, LJN: AY9089.

²⁷ HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 (Assoud/De Nationale Sporttotalisator); HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 (Stous/Stichting Parkwoningen).

²⁸ Anders: Blok & De Weerd 2004, a.w. noot 6, p. 127. Ook Dijkstra verliest dit uit het oog in: C.N.J. de Vey Mestdagh, J.J. Dijkstra en S.C. Huisjes: *ICT-recht voor de praktijk*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2008, p. 96-97. Vergelijk ook Van der Putt 2006, a.w. noot 5, p. 16.

²⁹ Dit is alleen anders wanneer geoordeeld moet worden dat de hele distributie van de software als zodanig in strijd is geweest met het openbaarmakingsrecht van A/P.

gebruiksvoorwaarden voor software.³⁰ Deze zullen dan ook geen deel uitmaken van de overeenkomst. In dat geval is de shrink-wraplicentie achteraf een slag in de lucht. Het openen van de verpakking of het installeren van het softwareproduct kan niet zonder meer gelden als de aanvaarding achteraf van de shrink-wraplicentie, ook al staat dat in de voorwaarden. A/P kan ook niet redelijkerwijs verwachten (art. 3:35 BW) dat de gebruiker alsnog met nieuwe, beperkende spelregels zal instemmen.³¹ Ik stem op dit punt in met de opmerking van Tjong Tjin Tai en Scheltema, dat men bij die opvatting ‘de subjectieve wil van de producent om een overeenkomst te verkrijgen verwacht met het benodigde objectieve gerechtvaardigde vertrouwen van de producent op aanvaarding.’³² De shrink-wraplicentie zou hoogstens als een aanvullend aanbod worden gezien voor zover het een fabrieksgarantie zou betreffen.³³ Dat nu is juist niet de bedoeling. Het recht om de verpakking te openen en om de software te installeren en te gebruiken (op basis van art. 45j Aw) was immers al ontstaan doordat G het pakket met de geïmpliceerde softwarelicentie had gekocht bij R. Daar helpt achteraf geen lieve shrink-wrap aan.

Om de algemene voorwaarden van toepassing te krijgen moet R voor of bij het sluiten van de overeenkomst de toepasselijkheid van de voorwaarden van A/P duidelijk vermelden, bijvoorbeeld op de bestelpagina van zijn website.³⁴ De geldigheid is niet afhankelijk van de vraag of de reseller weet of de verkrijger de voorwaarden zal gaan lezen of niet (art. 6:232 BW). De rechter in de zaak Coss Holland/TM Data lijkt hierdoor een te strenge maatstaf te hebben gehanteerd, waar hij eiste dat de verkrijger bewust moet zijn van de *inhoud* van de voorwaar-

³⁰ Ik heb vooral gekeken op sites van aanbieders van massaal op de markt gebrachte standaardsoftware, zoals anti-virusprogramma's en tekstverwerkingsprogramma's. Ik sluit uiteraard niet uit dat op meer specifieke sites de voorwaarden wél goed worden gecommuniceerd. Ook in fysieke winkels zullen resellers van software zich weinig bezig houden met de licentievoorwaarden van A/P. Zie daarover het geestige commentaar van: Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 86-87.

³¹ Aldus ook: Tjong Tjin Tai & Scheltema 2003, a.w. noot 6, p. 246 en voorzichtig: Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 48. Anders: Westerdijk 2003, a.w. noot 6.

³² Tjong Tjin Tai & Scheltema 2003, a.w. noot 6, p. 283.

³³ Vergelijk Jongeneel in B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 418-424.

³⁴ In een ‘fysieke’ winkel lijkt het voldoende als op de verpakking van het pakket zichtbaar is gemaakt dat er een bijgevoegde shrink-wrap is. Zie ook: Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 25.

den.³⁵ Dit staat overigens nog los van de informatieplicht die op grond van art. 6:233 sub b jo. 6:234 moet worden nageleefd.³⁶

Als een shrink-wraplicentie die als document is bijgevoegd niet leidt tot een licentieovereenkomst tussen A/P en G dan is het een verder niet door bijzondere voorwaarden geregeerde overeenkomst tussen R en G die overblijft. Dit heeft de consequentie dat de situatie beschreven als de ‘nuloptie’ van toepassing is. G als rechtmatige verkrijger heeft jegens A/P een betrekkelijk open licentie op grond van art. 45j Aw en het is R die zowel voor het kunnen als het mogen gebruiken van de software op grond van de koopregels moet instaan.

5.3.6 Enkele rechtsvergelijkende aantekeningen

5.3.6.1 Verenigde Staten en Verenigd Koninkrijk

In de Nederlandse literatuur is in het verleden regelmatig onderzoek gedaan naar de geldigheid en de inhoud van onder meer shrink-wraplicenties in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk.³⁷ Uit de bestudering van de relevante cases kan geen eenduidige conclusie worden getrokken omtrent de geldigheid van de shrink-wrapmethode. Waar in de Verenigde Staten een lijn lijkt te zijn dat de voorwaarden die na de aanschaf bij de gebruiker komen van toepassing kunnen zijn, bestaat er voor de Britten vooral twijfel.

In de Verenigde Staten werd de shrink-wrapmethode aanvaardbaar geacht in de veel geciteerde zaak *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*.³⁸ In deze casus maakte de verkrijger van een databank-product tegen de voorwaarden in commercieel gebruik van het informatieproduct. De verkrijger betoogde dat de voorwaarden

³⁵ Rb Amsterdam 24 mei 1995, CR 1997/2, p. 63-65 (Coss Holland BV/TM Data Nederland BV). De rechter overwoog: ‘dat het enkele openen van een verpakking geen licentieovereenkomst tussen de producent van een computerprogramma en de gebruiker daarvan tot stand doet komen. Wil daarvan sprake zijn, dan zal de gebruiker, voordat hij tot de aankoop van het programma overgaat, zich ervan bewust moeten zijn dat hij op de door TM Data beschreven manier een licentieovereenkomst zal aangaan. Bovendien zal voor hem op voorhand duidelijk moeten zijn wat de voorwaarden van de overeenkomst zullen inhouden. Bij het ontbreken van genoemde omstandigheden komt immers geen overeenkomst tot stand.’ Vgl. Guibault 2002, a.w. noot 6, p. 205.

³⁶ Zie hieromtrent onder meer Rinkes en Hendrikse in: Wessels, Jongeneel en Hendrikse (red.) 2010, a.w. noot 33, p. 163-168.

³⁷ Zie uitgebreid over de totstandkoming van de shrink-wraplicentie en het Amerikaanse recht: Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 34-41; Girot 2001, a.w. noot 6, p. 290-294 (Brits recht), p. 301-306 (Amerikaans recht). Uit het bijgewerkte overzicht in het Amerikaanse handboek CCH Law of Electronic Commerce – Winn and Wright blijkt dat de case law waarop deze analyses zijn gebaseerd, goeddeels hun actualiteit hebben behouden (2011 WL 5321129 (C.C.H.), § 13.05 Shrinkwrap Licenses).

³⁸ 86F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

te laat waren gecommuniceerd: het was een geval van ‘pay now, terms later.’ De rechter aanvaardde hier de werking van de shrink-wraplicentie. Het benodigde ‘consent’ voor de voorwaarden lag in het gedrag van de gebruiker daadwerkelijk van het informatieproduct gebruik te gaan maken. De lijn in deze zaak is regelmatig voortgezet, ook nog heel recentelijk.³⁹ Deze jurisprudentie ligt in lijn met die waarin de softwaregebruiker als licensee wordt aangeduid in plaats van als koper, hetgeen repercussies heeft voor de toepasselijkheid van de zogenoemde ‘first sale doctrine’ (vergelijk in Nederland: de uitputtingsleer).⁴⁰ Enige inspiratie voor deze uitspraken zou kunnen zijn gevonden in de wetgeving die voor de digitale omgeving is vervaardigd, UCITA geheten. Het mag echter opvallend heten dat deze regeling wegens haar controversiële karakter maar in twee staten tot wetgeving is verklaard.⁴¹

Er zijn ook regelmatig vonnissen gewezen die de shrink-wrap-methode minder goed gezind waren. Het meest prominent komt een ander standpunt naar voren in *Step-Saver Data Systems v. Wyse Technology*.⁴² In deze zaak werd de toepasselijkheid van een shrink-wrap license afgewezen omdat de exoneration-clausules waarop een beroep werd gedaan in een te laat stadium werden gecommuniceerd, na het sluiten van de koopovereenkomst. In dat geval is de shrink-wrap, aldus deze rechter, niet een weergave van het reeds (in dit geval: telefonisch) gesloten koopcontract, maar een aanvaarding van de voorwaarden met additionele voorwaarden, die geen deel zijn gaan uitmaken van het koopcontract.

Hoezeer er dus ook een lijn bestaat dat de shrink-wrap-methode in de VS wordt aanvaard, helemaal zeker is de aanvaardbaarheid nog niet. Dat de geldigheid van de shrink-wraplicentie allerm minst vaststaat, zoals Berghuis concludeert, lijkt in het licht van de ontwikkelingen sinds haar onderzoek wel wat sterk uitgedrukt.⁴³ De laatste tijd lijken de uitspraken waarbij de shrink-wrap-methode wordt geaccepteerd duidelijk de overhand te hebben.

³⁹ Zie bijvoorbeeld: *Hill v. Gateway 2000, Inc.* (105 F.3d 1147 (7th Cir. 1996)). Zie meer recent onder meer: *Kwan v. Clearwire Corp.* Slip Copy 2012 (WL 32380, W.D.Wash., 2012), over een zogenoemde browseswrap license. Voor de analyse van dat type van totstandkoming (online zonder dat uitdrukkelijk om instemming met voorwaarden wordt gevraagd) wordt gedeeltelijk gebruik gemaakt van de jurisprudentie betreffende de shrink-wraplicentie en *TracFone Wireless, Inc. v. Pak China Group Co. Ltd.*, F.Supp.2d 2012 WL 539945S.D. Fla., 2012, waarin zonder veel omhaal van de geldigheid van de shrink-wraplicentie wordt uitgegaan.

⁴⁰ Zie: *Vernor v. Autodesk, Inc.* 621 F.3d 1102, C.A.9 (Wash.) 2010. In deze interessante zaak werd in lagere instantie Vernor als de verkrijger van software als ‘owner’ van de drager niet gebonden geacht aan voorwaarden die de verdere overdracht van de software beperken. In hoger beroep werd deze uitspraak als onjuist terzijde gesteld. Vernor moet juist als licensee worden aangemerkt, en daarom gelden jegens hem de beperkende licentievoorwaarden wel.

⁴¹ Zie nader: Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 34-35.

⁴² 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991). Vergelijkbaar: *Klocek v. Gateway* (104 F. Supp.3d 1332 (D. Kan., 2000)).

⁴³ Berghuis 2005, a.w. noot 6, p. 40.

De Britse twijfel wordt bondig tot uitdrukking gebracht door Marsland.⁴⁴ Enerzijds betoogt zij dat het vanuit auteursrechtelijk perspectief begrijpelijk is dat de software-industrie haar licenties wenst op te leggen. Hierbij gaat het om de hierboven behandelde, ook in Groot-Brittannië geïmplementeerde Europese regels over het verveelvoudigingsrecht voor software die de positie van G als rechtmatige verkrijger van software bepaalt. Anderzijds lijkt het vanuit contractenrechtelijk perspectief inzake aanbod en aanvaarding (*consent*) onzeker of de voorwaarden die na de aanschaf worden opgelegd daadwerkelijk van kracht zijn. In deze analyse wordt de aandacht gevestigd op de zaken waarin de shrink-wraplicentie inderdaad toepasselijk werd geacht. In de eerste plaats wordt gewezen op de hierboven al genoemde uitspraak *Pro CD Inc. v. Zeidenberg*. In de tweede plaats wordt hier een Schotse zaak *Beta Computers v. Adobe Systems* genoemd.⁴⁵ Merkwaardigerwijs werd in deze zaak door G een beroep gedaan op de shrink-wrap, en wel op een daarin voorkomend recht om de software tegen een refund te mogen retourneren bij de reseller. R betoogde dat de licentievoorwaarden niet van toepassing waren, nu deze niet aan de orde waren geweest bij de telefonische transactie. De rechter duidde de licentie die vanwege A/P werd verleend via R aan als een derdenbeding (*ius quaesitum tertio*). Grosheide acht dit ook een zinvolle kwalificatie in het Nederlandse recht.⁴⁶ Hierna, in paragraaf 5.4.3, wordt op het derdenbeding nader ingegaan. Dat Marsland shrink-wrap gunstig gezinde uitspraken aanhaalt zou erop kunnen duiden dat zij ruimte ziet voor deze methode. Uit andere analyses blijkt dat twijfel troef is. In de internationaal georiënteerde analyse van Johnson heet het: ‘The only thing certain when considering the enforceability of shrink-wrap and click-wrap software license is that the law is *uncertain*.’⁴⁷

5.3.6.2 Duitsland

In Duitsland heeft een aantal commentatoren weinig moeite om de constructie van de shrink-wraplicentie (het ‘Schutzhüllenvertrag’) af te wijzen. Hoeren vindt deze juridische vorm ‘bizarr.’⁴⁸ Het gaat om een poging van A/P om G te binden aan beperkende voorwaarden, terwijl G op basis van § 69d van het Urheberrechtsgesetz (vergelijk: art. 45j Aw) al een gebruikersrecht had toen hij de software aanschafte. Het openen van de verpakking (of het drukken op Enter)

⁴⁴ V. Marsland in: K. Garnett, G. Davies en G. Harbottle (red.), *Copinger and Skone James on Copyright*, Londen: Sweet & Maxwell 2011, p. 1785-1786.

⁴⁵ *Beta Computers (Europe) Ltd v Adobe Systems (Europe) Ltd*, 1995 WL 1081393 Court of Session (Outer House) 14 December 1995.

⁴⁶ Grosheide 1997, a.w. noot 6, p. 153-154.

⁴⁷ P. Johnson, ‘All wrapped up? A review of the enforceability of “shrink-wrap” and “click-wrap” licenses in the United Kingdom and the United States,’ *EIPR* 2003, p. 98-102.

⁴⁸ Hoeren in: F. Graf von Westphalen en G. Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, München: C.H.Beck 2012, nr. 208.

kan volgens Hoeren niet als een wilsverklaring worden gezien alsnog met de beperkende voorwaarden in te stemmen. Dat deze methode wijd verbreid is, wordt wel geconstateerd, maar kan niet dienen als een tegenargument.⁴⁹

Toch bestaat ook in Duitsland discussie. Zie bijvoorbeeld von dem Busche en Schelinski die, verwijzend naar oudere jurisprudentie, toch twijfelen of niet tussen de A/P en G een contract ontstaat.⁵⁰ Voor de juridische praktijk bevelen zij de methode vanwege haar twijfelachtige karakter niet aan. Voor zover vanwege A/P toch wordt aangedrongen op het gebruik van een shrink-wrap-licentie, bevelen zij aan dat de verwijzing en de belangrijkste voorwaarden van buitenaf zichtbaar op de verpakking moeten staan.⁵¹

5.3.6.3 Conclusie rechtsvergelijking

De shrink-wrapmethode, waarbij pas na het sluiten van de overeenkomst voor het softwarepakket een verwijzing volgt naar de beperkende voorwaarden van A/P is een onzeker avontuur. Waar in de Verenigde Staten een jurisprudentiële lijn bestaat waarbij het ‘consent’ wordt aangenomen door het gedrag van G door daadwerkelijk van de software gebruik te gaan maken, lijkt in de onderzochte Europese landen (en vooral in Duitsland) de shrink-wrapmethode moeilijk door de privaatrechtelijke beugel te kunnen. In feite is het dilemma overal identiek. Moet men aanvaarden dat een veelvuldig in de praktijk gehanteerde methode succesvol is of moet men de regels voor de totstandkoming van overeenkomsten strikt toepassen? Dit dilemma kwamen we al tegen bij de beschrijving van de Nederlandse discussie. Naar mijn opvatting komen we niet om het vereiste heen dat een verwijzing naar de voorwaarden plaats moet vinden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Hoezeer een A/P dit ook kan willen: een shrink-wrap bijvoegen en dan hard wegrekken is niet de manier om voorwaarden met succes op te leggen.

Men kan tot slot observeren dat de analyses die men in binnen- en buitenland aantreft vooral gaan over de juridische houdbaarheid van het *gegeven juridische arrangement*. Er blijken maar weinig juristen te bestaan die het succes van de shrink-wrapmethode zonder twijfel durven te verzekeren. Hieronder zou ik verder willen kijken, en juist de nadruk willen leggen op *alternatieve mogelijkheden* om de software distributie wel juridisch hanteerbaar te maken.

⁴⁹ Aldus ook: H. Redeker, *IT-recht*, München: C.H.Beck 2012, nr. 579-580.

⁵⁰ OLG Stuttgart 10 februari 1989, NJW 1989, 2633.

⁵¹ A. Leupold en S. Glossner, *Münchener Anwaltsbuch IT-recht*, München: C.H.Beck 2011, nr. 130-135.

5.4 Vier distributiemogelijkheden voor de software

5.4.1 Van onmogelijkheden naar mogelijkheden

We hebben tot nu vooral gekeken naar de moeilijkheden voor A/P om met de bestaande licentiepraktijk de distributie van software te regisseren. Wat hiervoor als de ‘nuloptie’ werd aangeduid heeft als gevolg dat A/P niet aan een contractuele relatie komt met G en bovendien dat eventuele bijgevoegde bijzondere voorwaarden het beoogde gebruik van G niet bepalen. In deze paragraaf wordt gekeken naar de mogelijkheden voor A/P om de contractuele band met G wél te smeden of in ieder geval bijzondere gebruiksvoorwaarden op te leggen. Het zal blijken dat bij de verschillende mogelijkheden van A/P en R een actievere houding gevergd wordt dan in de huidige praktijk om het gewenste resultaat te bereiken.

Mede uit de literatuur ontleen ik vier methoden om de software van A/P via R naar G te krijgen.⁵²

Eerst komen twee constructies aan de orde waarbij de A/P zelf de gebruikslicentie verleent en dus contractueel bij de licentieverkoop aan G betrokken raakt, namelijk via vertegenwoordiging en via een derdenbeding. Bij deze twee methoden is het wellicht minder gelukkig om van ‘distributie’ en ‘resellers’ te spreken. Zeker bij onmiddellijke vertegenwoordiging zal de verhouding tussen A/P en R als een agentuurverhouding moeten worden aangeduid, maar uit overweging van consistent gebruik van termen blijf ik toch van tussenpersoon R spreken.

Daarna komen twee distributiemethodes aan bod waarbij A/P zich afzijdig houdt bij het verlenen van een licentie, te weten de distributie van software via de doorverkoop van pakketten inclusief licenties en distributie via sublicenties.

Bij de behandeling van de onderscheiden methoden zal ik eerst de aangegeven methode omschrijven. Vervolgens wordt behandeld wie op welke manier contractueel betrokken raakt bij de uiteindelijke aanschaf van de software. Vervolgens zal ik aan de orde stellen hoe eventuele bijzondere voorwaarden van de kant van A/P met succes kunnen worden geïmplementeerd. Ten slotte behandel ik wat in deze bijzondere voorwaarden zou kunnen zijn opgenomen.

⁵² Zie: Grosheide 1997, a.w. noot 6, p. 154 (derdenbeding) Van der Putt 2006, a.w. noot 5, p. 15-16 (vertegenwoordiging).

5.4.2 Vertegenwoordigingsmethode

5.4.2.1 Methode

De eerste te behandelen methode van software distributie is om de reseller volledig namens de auteur de gebruikslicentie te laten afsluiten. In dat geval neemt R dus de verplichting op zich de gebruikslicentie precies zo te laten ontstaan zoals A/P dat wenst zonder dat R zelf contractueel betrokken raakt. Daarbij gaat het, zoals de beroemde formulering luidt, ‘om wat partijen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden’ of R inderdaad in naam van A/P handelt.⁵³ Als R bijvoorbeeld een webwinkel heeft moet bij het sluiten van de overeenkomst met G uit de presentatie van de webpagina’s ook voor G blijken dat R namens A/P handelt. De interne bedoeling van A/P en R regardeert G niet als deze niet aan hem wordt gecommuniceerd.

5.4.2.2 Wederpartij

Wie de contractspartij wordt van de verkrijger is helder: A/P. R valt volledig weg als contractspartij.

5.4.2.3 Implementatie

In de relatie A/P-R is sprake van een lastgevingsrelatie waaruit de plicht en de volmacht voor R voortvloeit om namens A/P licentieovereenkomsten te sluiten met gebruikers. Dat R als onmiddellijk vertegenwoordiger optreedt van A/P moet G duidelijk zijn. In gevallen waarin R een (web)winkel heeft waarin van alles verkocht wordt zal G niet snel een dergelijke indruk krijgen, behalve als deze rechtsverhouding hem uitdrukkelijk wordt meegedeeld. Een praktische methode daarvoor zou kunnen zijn dat R in zijn (virtuele) warenhuis een (virtueel) loket van A/P maakt. Voor of bij de verkoop aan dat loket moet door R namens A/P voor het softwareproduct en de bijzondere voorwaarden waaronder deze wordt aangeboden aan de totstandkomingsregels van art. 6:217 en art. 6:232 BW worden voldaan alsmede aan de informatieplicht van art. 6:233 sub b BW.

⁵³ HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 m. nt. GJS (Kribbebijter).

5.4.2.4 Op te nemen bedingen

Bij de vertegenwoordigingsmethode zit A/P als wederpartij met de neus aan het venster. Dat betekent dat A/P, als hij er maar voor zorgt dat R als zijn vertegenwoordiger zijn bijzondere voorwaarden toepassing verklaart, ook precies kan regisseren hoe de omvang van het gebruik van G zal mogen zijn. Voorts zou hij als contractspartij binnen de wettelijke grenzen over alle in paragraaf 5.3.1 genoemde onderwerpen bepalingen kunnen opnemen.

5.4.3 Derdenbeding

5.4.3.1 Methode

In de tweede plaats kan de bedoeling van de distributie zijn dat er een splitsing wordt gemaakt tussen de verkoop door de reseller van de drager en het pakket enerzijds en de ‘licentieverkoop’ van de software als informatieproduct anderzijds. Dit moet worden gerealiseerd door een derdenbeding ex art. 6:253 BW, de suggestie die Grosheide naar voren heeft gebracht.⁵⁴

5.4.3.2 Wederpartij

Als de distributie van software gaat via een derdenbeding, wordt de transactie opgesplitst. Voor de verkoop van de zaak is R verantwoordelijk en voor de licentieverkoop A/P. G kan dan bij R terecht als het gaat om gebreken aan het pakket en bij A/P als het gaat om gebrekkig werkende software. Dat betekent dat in dat geval het zwaartepunt van de transactie komt te liggen bij A/P.

5.4.3.3 Implementatie

Om deze constructie te laten slagen moet eerst worden voorkomen dat G, voordat A/P zijn licentievoorwaarden heeft kunnen opleggen, impliciet al een open licentie jegens A/P op grond van art. 45j Aw heeft verkregen van R. Als R voor of bij de aanschaf van de software zwijgt over een nog te sluiten licentieovereenkomst, dan vist A/P achter het net, zo zagen we bij de bestaande situatie voor

⁵⁴ Grosheide 1997, a.w. noot 6, p. 154.

shrink-wraps. R moet dus expliciet geen impliciete licentie verlenen. Wat R in dit geval moet communiceren is: ‘Ik verkoop hierbij alleen de doos (de eigendom van de stoffelijke zaak) maar u (G) mag softwareproduct X nog niet gebruiken. U moet namelijk een licentieovereenkomst met A/P sluiten waarin het recht om softwareproduct X te mogen gebruiken wordt verleend.’⁵⁵ Ik denk dat een dergelijk caveat door R betrekkelijk eenvoudig en op tijd moet kunnen worden gecommuniceerd, in een webwinkel bijvoorbeeld bij de productbeschrijving en het bestelformulier. Het moet wel gebeuren.

Vervolgens zal G moeten instemmen met het beding waarin staat dat nog een licentieovereenkomst met A/P moet worden gesloten; dit moet worden gecommuniceerd aan A/P en A/P moet het beding aanvaarden (art. 6:253 lid 1 BW). Pas dan is A/P wederpartij van G. Hier zal de aanvaarding van de voorwaarden A/P in ieder geval moeten hebben bereikt. Dit zou kunnen gebeuren door voor het installatieproces te eisen van G dat hij contact opneemt met A/P. Op dat moment kan online de licentieovereenkomst worden gesloten onder de voorwaarden die A/P voor of bij het sluiten aan G ter beschikking stelt. Het ligt voor de hand dat in de elektronische omgeving dit contact opnemen met A/P door technische maatregelen wordt begeleid.⁵⁶ De ‘installatie wizard’ van de software kan de installatie bijvoorbeeld vooraf laten gaan door een contact met de website van A/P, waar vervolgens het sluiten van de overeenkomst plaatsvindt. Pas daarna gaat de installatie verder.

Een andere mogelijkheid is dat R namens A/P het derdenbeding aanvaardt. Dit moet in het transactieproces bij R weer uitdrukkelijk aan G worden gecommuniceerd. Bij consumentenovereenkomsten moet hier in het bijzonder acht geslagen worden op art. 6:238 BW. Uit lid 1 sub a van dat artikel vloeit voort dat geen beroep kan worden gedaan op deze directe vertegenwoordiging als de omstandigheid dat in naam van A/P is gehandeld enkel blijkt uit een beding van die strekking in de algemene voorwaarden.

5.4.3.4 Op te nemen bedingen

Hier is het duidelijk de bedoeling dat A/P mede contractspartij wordt. De inhoud van de licentieovereenkomst kan derhalve op alle in paragraaf 5.3.1 genoemde aspecten van de licentieovereenkomst betrekking hebben.

⁵⁵ Hier blijkt dus het verschil in opvatting tussen mij en Scheltema en Tjong Tjin Tai: volgens hen heeft V immers als eigenaar een gebruiksrecht (supra bij noot 24).

⁵⁶ Vergelijk: Scheltema en Tjong Tjin Tai 2003, a.w. noot 6, p. 247.

5.4.4 Doorverkoop

5.4.4.1 Methode

De derde te bespreken methode om softwarepakketten in het verkeer te brengen is die waarbij door A/P de pakketten inclusief licenties worden verkocht aan R, waarna deze de pakketten (op de voet van art. 7:1 BW) met die licenties (op de voet van art. 7:47 BW) aan G doorverkoopt.⁵⁷ De gebruikslicentie bestaat dan dus al eerder dan wanneer G het pakket aanschafte. In het contract dat R met G sluit kan de inhoud van deze licentie bij contract, dus subjectief worden bepaald. Er is in de zin van art. 45j Aw bij de licentieverlening tussen A/P en R ‘anders overeengekomen.’ R draagt deze specifiek overeengekomen licentie als vorderingsrecht over met het pakket (art. 3:83 lid 1 BW).⁵⁸ Hierdoor verkrijgt G een recht dat zo groot is als A/P en R hadden afgesproken.⁵⁹

5.4.4.2 Wederpartij

R is de wederpartij van G. A/P heeft specifieke voorwaarden opgelegd, maar uitsluitend aan R die de licentie doorverkoopt.⁶⁰

Enkele aspecten van de doorverkoopmethode kunnen hier slechts met verwijzing naar andere literatuur worden aangestipt. Het eerste betreft de uitputtingsregel voor software. Als A/P de softwarelicentie doorverkoopt aan R die de licentie dan weer doorverkoopt aan G, dan is het ondenkbaar dat de licentie goederenrechtelijk niet-overdraagbaar wordt gemaakt in de zin van art. 3:83 lid 2 BW. Dit terwijl in de praktijk een niet-overdraagbaarheidsbeding vaak is terug te vinden in de licentieovereenkomst (‘this user’s license is non-transferable’). Gezien de dwingendrechtelijke werking van de uitputtingsregel zal een dergelijk

⁵⁷ Er kunnen meer tussenliggende partijen bestaan dan alleen de reseller, zoals een importeur of distributeur.

⁵⁸ Dit is anders wanneer voor het gebruik periodiek huurpenningen moeten worden betaald. Het overdragen van een dergelijk huurrecht kan niet worden losgezien van de contractuele verhouding met A/P. Dat hele contract zal op de voet van art. 6:159 BW moeten worden overgenomen, waarbij de medewerking van A/P en een akte is vereist. Er is ook een andere situatie wanneer naast de software ook nog een onderhoudscontract wordt doorverkocht. In dat geval is er ook sprake van contractoverneming voor wat betreft de onderhoudsovereenkomst.

⁵⁹ Neppelenbroek, *AMI* 2006, a.w. noot 3, p. 117 [hier paragraaf 3.5].

⁶⁰ Bij andere overeenkomsten dan koop waarbij het gebruik van software centraal staat, zoals de verhuur of onderhoudsovereenkomst voor software, zou er sprake zijn van contractoverneming. Hier is er na de verkoop van de licentie enkel nog de obligatoire verhouding tussen A/P en G overgebleven. Die licentie kan als vorderingsrecht verder worden overgedragen.

niet-overdraagbaarheidsbeding echter vaak geen goederenrechtelijke werking hebben.⁶¹ Daarmee is een belangrijk denkbaar bezwaar tegen de doorverkoopmethode ondervangen.⁶²

Een ander, praktisch ernstiger probleem is dat voor de doorlevering van een gebruikslicentie als vorderingsrecht dogmatisch gezien (art. 3:94 BW) op zijn minst een akte is vereist. Welke R zou bereid zijn met elke G een akte af te sluiten als dat niet spijkerhard contractueel is vastgelegd door A/P?⁶³

5.4.4.3 Implementatie

Bij de doorverkoopmethode kan A/P zich een betrekkelijk passieve communicatiehouding veroorloven om toch voor een geslaagde implementatie van diens bijzondere voorwaarden te zorgen. Er hoeft immers niet een licentieovereenkomst tussen A/P en G te ontstaan; er moet alleen een licentie worden doorverkocht. R is niet beschikkingsbevoegd om over meer te beschikken dan hij van de A/P verkregen heeft (art. 3:84 lid 1 BW). In beginsel weet A/P op deze manier zeker dat G de software onder de licentie verkrijgt die hij aan R heeft verleend, ook wanneer daar specifieke voorwaarden aan zijn verbonden. Als A/P bijvoorbeeld aan R een gebruikslicentie heeft verleend die strekt tot het gebruik door maximaal 20 personen, dan is dat het recht dat R aan G kan overdragen. Dit staat los van de vraag of R die specifieke voorwaarde aan G heeft meegedeeld.

Als G meent dat hij een ruim, ongespecificeerd gebruiksrecht heeft verkregen maar er tot zijn verrassing achter komt komen dat hij gebonden zou zijn aan de beperkende voorwaarden waaraan R ook gebonden was, kan hij zich afvragen of hij als derde kan worden beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van R. Art. 3:88 BW komt niet voor toepassing in aanmerking. In dit artikel wordt de derdeverkrijger (in casu G) te goeder trouw beschermd indien de beschikkingsonbevoegdheid van R het gevolg was van een ongeldige titel of levering bij een eerdere overdracht. Als A/P aan R de licentie heeft verleend is er geen sprake van een eerdere overdracht. Een wetsartikel dat wel voor toepassing in aanmerking komt is art. 3:36 BW. Daarin wordt de verkrijger beschermd indien hij op basis van een verklaring of gedraging van een derde (in casu A/P)

⁶¹ Aldus terecht: Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863 (IE/IV). Zie over deze uitspraak: de annotatie van H. Struik in *AMI* 2010/6, p. 208-209 en – in breder verband: T. Overdijk e.a. ‘Exhaustion and software resale rights,’ in: *Computer Law Review International (CRLI)* 2011, p. 33-39. Over de toepassing van de uitputtingsregel voor software zijn in Duitsland door het BGH vragen gesteld aan het HvJ en een uitspraak lijkt aanstaande. In de conclusie bij het arrest wordt de intersectie tussen de uitputtingsregel en het verveelvoudigingsrecht uitdrukkelijk aan de orde gesteld. Zie: de conclusie van advocaat-generaal Y. Bot van 24 april 2012 inzake C-128/11 (Bierbach-Oracle).

⁶² Zie nader: Neppelenbroek *AMI* 2006, a.w. noot 3, p. 112-113, 117 [hier paragraaf 3.3.3 en 3.5].

⁶³ Zie over de verhouding tussen de uitputtingsregel en de formele vereisten van art. 3:94 BW: Neppelenbroek *AMI* 2006, a.w. noot 3, p. 113, 117 [hier paragraaf 3.3.3 en 3.5].

heeft mogen afleiden dat er geen bijzondere gebruiksvoorwaarden van toepassing zijn. Naar mijn mening is van een dergelijk geval sprake als bij het softwarepakket nergens is vermeld dat er sprake is van specifieke gebruiksvoorwaarden.

Op deze manier zou bij de doorverkoopmethode betekenis kunnen worden verleend aan bijgevoegde gebruiksvoorwaarden. Het ligt op de weg van A/P om de bijzondere voorwaarden bij het pakket te voegen als schriftelijk stuk of als elektronisch bestand. Laat hij dat na, en wordt ook in de verkoopomgeving geen gewag gemaakt van de bijzondere voorwaarden, dan ontstaat er een onwetendheid bij de derde te goeder trouw die (mede) het gevolg is van het zwijgen van de auteur. In dat geval mag G ervan uitgaan dat hem een open gebruikslicentie ex art. 45j Aw is verleend (de nuloptie). Voor zover G aan bijzondere gebruiksbeperkingen is gebonden die hij niet hoefde te verwachten kan hij zijn wederpartij R daarvoor aanspreken (art. 6:74/7:15 BW) net als voor het gebrekig functioneren van de software. Dit zal voor R redenen moeten zijn om over de omvang van de gebruikslicentie geen onduidelijkheid te laten ontstaan.

5.4.4.4 Op te nemen bedingen

We zagen dat het uit oogpunt van eventuele derdenbescherming voor A/P verstandig is de gebruiksvoorwaarden bij te voegen bij het product. Daarin wordt de gebruiksomvang die door R werd overgedragen, bevestigd. De inhoud van deze voorwaarden heeft echter niets te maken met een eventuele contractuele verhouding tussen A/P en G. Dat betekent dat, anders dan bij de vorige twee methoden, eventuele andere bepalingen, bijvoorbeeld over de kwaliteit van de software, hier onverplicht gegeven worden. Een garantie vanwege A/P kan hier dus, anders dan bij de twee vorige methoden, wél worden gelijkgesteld met een fabrieksgarantie en dus met winst voor G. Hij heeft immers al art. 7:17 BW waarop hij zich bij R kan beroepen.

5.4.5 Sublicentie

Over de laatste methode van software distributie kan ik in het licht van deze bijdrage kort zijn. Hier laat A/P de licentiëring over aan R door aan hem een (eventueel exclusieve) licentie te verlenen waarin de bevoegdheid is gegeven aan G een sublicentie te verlenen. Hier heeft A/P de verdere licentiëring namelijk uit handen gegeven. A/P zal hoogstens de bandbreedte van de door R te vestigen licenties in zijn relatie met R hebben bedongen.

G heeft in dat geval alleen met R, de sublicentiegever, als contractspartij te maken, zowel voor het kunnen als voor het mogen gebruiken van de software. V geldt vervolgens ex art. 45j als rechtmatige verkrijger jegens A/P, wiens auteurs-

recht G heeft te respecteren, maar met wie geen directe licentierelatie tot stand komt.

5.5 Slot

Softwaredistributie kan hanteerbaar worden gemaakt. De methode van de shrink-wraplicentie is te passief, maar er bestaan alternatieven. Uit deze bijdrage blijkt dat de auteur/producent (A/P) verschillende mogelijkheden heeft om zijn software via een reseller (R) bij de gebruiker (G) te brengen. Naarmate A/P een vastere greep wil hebben op G, zal hij zich actiever moeten opstellen. Voor A/P zijn de volgende vragen relevant:

1) Wil A/P contractueel betrokken raken met G?

Het grote voordeel van het sluiten van een licentieovereenkomst met G is dat A/P niet alleen de omvang van het licentierecht kan bepalen, maar daarnaast ook de licentieovereenkomst waarbinnen de licentie wordt verleend. Maar: noblesse oblige. Als A/P een licentieovereenkomst wil sluiten met G dan is A/P degene die als contractpartij kan worden aangesproken. Wordt de vraag bevestigend beantwoord, dan zal de implementatie moeten plaatsvinden zoals aangegeven in paragraaf 5.4.2 en 5.4.3 (vertegenwoordiging of derdenbeding).

2) Zo nee: wenst A/P direct, door middel van gebruiksvoorwaarden, het beoogde gebruik van de software bepalen?

De doorverkoopmethode (paragraaf 5.4.4) werd aangewezen als de methode waarbij A/P heel precies de omvang van de licentie aan R kan opleggen, terwijl R vervolgens, over niets meer beschikkingsbevoegd, precies die licentie kan overdragen aan G. Een lastig te omzeilen probleem is hier de akte die op grond van art. 3:94 BW nodig is om de licentie van R naar G over te dragen.

3) Zo nee: kan A/P dan nog op een minder directe manier invloed uitoefenen op het beoogde gebruik?

In paragraaf 5.3.5 bleek dat het bijvoegen van shrink-wraps als ‘mosterd na de maaltijd’ geen doeltreffend middel is om het beoogde gebruik van G te bepalen. Het is echter wel mogelijk op een meer ruwe en afstandelijke manier invloed uit te oefenen op het beoogde gebruik. A/P kan bijvoorbeeld in de naamgeving van het product een onderscheid maken naar het beoogde gebruik van het softwareproduct. Als een bepaald softwareproduct de naam ‘Thuisversie softwareproduct X’ meekrijgt, dan zal dat de verwachtingen van R, G als rechtmatige verkrijger en zelfs opvolgende verkrijgers over het beoogde gebruik ex art. 45j Aw bepalen, in die zin dat iedereen dan moet begrijpen dat dit softwareproduct niet op een bedrijfsnetwerk mag worden gezet (de ‘nuloptie’, paragraaf 5.3.4). Dit zou

aantrekkelijk kunnen zijn voor een A/P die zich afgeschrikt ziet door alle activiteiten die moeten worden verricht om wederpartij te worden met G of tenminste directe invloed uit te oefenen op het beoogde gebruik. Want het lijkt me dat de A/P op deze manier een commercieel belang, misschien zelfs wel zijn belangrijkste doel kan bereiken: dat hij per verkocht softwareproduct min of meer kan afrekenen naar rato van de verwachte intensiteit van het gebruik van het softwareproduct door G...

6. DE SOFTWAREGEBRUIKSLICENTIE BIJ DE OVERDRACHT VAN HET AUTEURSRECHT EN IN HET FAILLISSEMENT VAN DE LICENTIEGEEVER¹

6.1 Inleiding

In de juridische literatuur wordt al geruime tijd gediscussieerd over de positie van de verkrijger van auteursrechtelijk beschermde software. De softwareverkrijger is als zodanig benoemd in art. 45j Aw. In dit artikel wordt aan de softwareverkrijger, grofweg de persoon die rechtmatig van een kopie van de software gebruik maakt, een aantal minimumbevoegdheden gegeven.² De discussie betreft de aard en het object van het recht van de verkrijger: gaat het hier (enkel) om de *goederenrechtelijke* positie van de verkrijger als eigenaar van een exemplaar of (ook of juist) om zijn *auteursrechtelijke* positie als licentienemer of als verkrijger van auteursrecht? Het doel van deze bijdrage is de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger van software nader te doordenken vanuit de opvatting dat de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger van software in de auteursrechtelijke sfeer moet worden gezocht.³

Als eerste zal dan worden gedacht aan de verkrijger als auteursrechtelijke licentienemer. De licentie wordt vrijwel algemeen beschouwd als een vorderingsrecht.⁴ Dit maakt de positie van deze verkrijger verschillend van die van meer traditionele auteursrechtelijk beschermde zaken zoals (exemplaren van) boeken en schilderijen. Die verkrijgers hebben geen licentie nodig om van hun exemplaar gebruik te mogen maken. Zij hebben als eigenaar dan ook in beginsel niets te maken met een verdere overdracht van het auteursrecht dat rust op het werk dat in het exemplaar is vervat of het faillissement van de auteursrechthebbende. Over de licentie bij verdere overdracht van het IE-recht of faillissement is echter des te meer te zeggen, zoals wel blijkt uit de stroom van literatuur die over dit

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever,' *TvI* 2011/25.

Mr. E.D.C. (Evert) Neppelenbroek is UD privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zie over art. 45j Aw onder meer: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 596 e.v.; H. Struik, P.C. van Schelven en W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 153 e.v. en E.D.C. Neppelenbroek, 'Software: De auteur, de verkrijger en derden,' *AMI* 2006-4, p. 109-118 [hier hoofdstuk 3].

³ Hieronder wordt de discussie in paragraaf 6.3 slechts weergegeven in het licht van de problematiek van derdenwerking en faillissement.

⁴ Zie, onder meer: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 436-438; B.J. Lenselink: *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht 2005, p. 210; Lenselink in: J.J. Brinkhof, F.W. Grosheide en J.H. Spoor, *Intellectuele eigendom, artikelgewijs commentaar*, losbl. uitgave v.a. 1996, art. 2-38.

onderwerp is verschenen,⁵ mede naar aanleiding van het bekende Nebula-arrest.⁶ Daarbij is de positie van de softwareverkrijger soms in het bijzonder besproken.⁷ In deze bijdrage staan voor wat betreft de verkrijger als licentienemer twee vragen centraal. Kan de verkrijger van software zijn licentie uitoefenen tegen een derde aan wie de auteur het auteursrecht overdraagt? En: mag een curator van een gefailleerde auteursrechthebbende de licentieverhouding met de verkrijger van software negeren? In deze bijdrage zal blijken dat men hier genuanceerd naar moet kijken, maar dat de *verbintenisrechtelijke* softwarelicentie lang niet in alle gevallen veilig is voor verdere overdracht of faillissement.

Men lijkt zich echter zelden te realiseren dat naar Nederlands recht wel degelijk instrumenten voorhanden zijn die de verkrijger van software een sterkere positie jegens derden en curatoren opleveren. Het gaat dan vooral om een gedeeltelijke *goederenrechtelijke* overdracht op basis van art. 2 Aw van precies omschreven auteursrechtelijke bevoegdheden, die naar resultaat een absoluut niet-exclusief gebruiksrecht opleveren.⁸

Het belang van de vermogensrechtelijke positie van de softwareverkrijger zal hierna in paragraaf 6.2 nader worden ingeleid aan de hand van drie casus. Deze casus keren telkens terug om de problematiek te illustreren. De eerste twee casus zijn als ‘huur’ en ‘koop’ getypeerd en bij de derde casus is de licentieverlening voor het gebruik van de software ingebed in een uitgebreide automatiseringsrelatie. Die laatste casus is van bijzonder praktisch belang voor de contractspraktijk betreffende de ‘software-escrow.’ In paragraaf 6.3 komt de aard van de gebruikslicentie ex art. 45j Aw aan de orde. In paragraaf 6.4 zal worden ingegaan op het karakter van de softwarelicentie als vorderingsrecht, waarbij de Nederlandse situatie wordt vergeleken met de Duitse. Paragraaf 6.5 betreft de vraag naar de overdracht van het auteursrecht en paragraaf 6.6 de positie van de gebruiker bij het faillissement van de licentiegever. In paragraaf 6.7 wordt gekeken naar alternatieve mogelijkheden (en de problemen die deze met zich brengen) voor de verkrijger van software om de zekerheid te verkrijgen van een sterke vermogensrechtelijke positie (bijvoorbeeld bij source code escrow). Aan het eind worden de belangrijkste resultaten van deze bijdrage op een rij gezet.

⁵ Zie bijvoorbeeld: F.C. Folmer, T.J. de Graaf en A.M.F. Verschuur, ‘Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele eigendomsrecht,’ *MvV* 2008, p. 168-178.

⁶ HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Nebula). Over het arrest Nebula en de licentie: B. Wessels, *Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1)* Deventer: Kluwer 2009, nr. 2586, met verdere verwijzingen. Zie ook: B.J. Lenselink, ‘Auteursrechtlicentie en faillissement van licentiegever,’ *AMI* 2008, p. 29-33.

⁷ G.A.J. Boekraad, ‘Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het Nebula-arrest,’ *MvV* 2007, p. 46-53; C.J. Jager en R.E. Weening, ‘Licentie in faillissement,’ *VrA* 2008, p. 49-68; C.E. Drion, ‘Het probleem van Jansen,’ *NJB* 2009, p. 2191. P.R.W. Schaink, ‘Enkele bespiegelingen door de bril van een faillissementscurator,’ *IER* 2009/74; Th. C.J.A. Van Engelen, ‘Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven,’ *IER* 2009/75.

⁸ Deze mogelijkheid wordt wel geopperd in: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 430.

6.2 De softwarelicentie in drie casus

De volgende drie casus dienen om de hoofdvragen van deze bijdrage, naar de derdenwerking en faillissementsbestendigheid van softwarelicenties, te illustreren. De casus zullen in de rest van de bijdrage regelmatig terugkeren.

6.2.1 Casus 1: Huursoftware

A (een BV, softwareproducent) is auteursrechthebbende van standaardsoftware X. A heeft aan drie personen (T, U en V) een niet-exclusieve gebruikslicentie verleend voor het softwareproduct X. Deze licentie is verleend tegen een periodieke betaling met opzeggingsmogelijkheid. Deze software wordt verder ‘huursoftware’ genoemd.⁹

1a) A draagt het auteursrecht op X-software over aan B en deze laatste wil de software exclusief licentiëren aan W. Bij de overdracht van het auteursrecht is B zich niet bewust van de eerder verleende licenties en hij profiteert dus al helemaal niet van een eventuele wanprestatie zijdens A. Wiens belang moet nu voorgaan: dat van B om de software exclusief te kunnen licentiëren of het belang van T, U en V om ongestoord gebruik te kunnen blijven maken van de software?

1b) A gaat failliet en de curator van A vraagt zich af of hij de gebruikslicenties van T, U en V dient te respecteren, nu hij ziet dat het auteursrecht als verhaalsobject meer zal opleveren als dit zonder te respecteren licenties kan worden doorverkocht.

6.2.2 Casus 2: Koopsoftware

Stel nu dat A aan T, U en V een definitieve niet-exclusieve licentie heeft verleend, dat wil zeggen tegen een eindprijs en zonder reële opzeggingsmogelijkheid. Hier laten zich dezelfde vragen stellen (2a en 2b) als bij casus 1. In dit geval kan de overeenkomst tot licentieverlening via art. 7:47 BW worden aangeduid als koop (van de licentie).¹⁰

⁹ Voor dit type casus is ook in het verleden kortweg aangegeven dat het een huurovereenkomst betreft. E.D.C. Neppelenbroek, ‘De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht,’ *VrA* 2005, p. 28 [hier paragraaf 4.6, onder casus 5].

¹⁰ Neppelenbroek 2005, a.w. noot 9, p. 25 [hier paragraaf 4.5]. In dat artikel is betoogd dat deze kwalificatie wordt bereikt via een dubbele analogie. Het gaat hier namelijk om de vestiging (niet de overdracht) van een licentie (niet een eigendomsrecht). Vandaar dat art. 7:47 BW, de analogiebepaling voor de koop van vermogensrechten, naar analogie van toepassing is.

6.2.3 Casus 3: Source code escrow¹¹

A heeft speciaal voor V BV en W BV X-software ontwikkeld, waarvan A recht-hebbende blijft en waarvoor V en W een gebruikslicentie verkrijgen. A, V en W spreken af dat A de X-software zal blijven onderhouden en doorontwikkelen. V en W krijgen tegen periodieke betaling een abonnementsrecht op een gebruikslicentie voor elke nieuwe versie van de door A te ontwikkelen X-software. Afgesproken is dat bij de beëindiging van de abonnements/onderhoudsrelatie V en W een definitieve, niet exclusieve gebruikslicentie behouden voor het gebruik van de laatst ontwikkelde versie van de X-software. Voorts is met het oog op de continuïteit van de ontwikkeling en het onderhoud van de X-software bij een eventueel faillissement een zogenoemde ‘source code escrow’ afgesproken. Dit is een driepartijenovereenkomst waarbij bij een derde (vaak ‘trusted third party’ of ‘escrow-agent’ genoemd, bijvoorbeeld een notaris, hier te noemen ‘D’) periodiek een elektronisch exemplaar van de meest recente versie van de broncode van de software wordt neergelegd. Deze broncode is de voor programmeurs leesbare versie van de software die nodig is voor het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de programmatuur. De kern van de afspraak inzake de source code escrow is dat in het geval van het niet meer presteren van A (het ‘trigger event’, bijvoorbeeld faillissement) het laatst neergelegde exemplaar van de broncode van X aan V en W zal worden verschaft door D. Zo kunnen V en W gebruik gaan maken van de broncode voor het verdere onderhoud en ontwikkeling van de X-software. Daar ligt de goederenrechtelijke afspraak onder dat de eigendom van elke laatst neergelegde versie van het stoffelijke exemplaar met de broncode door A aan V en W (of D, de escrow-agent) wordt overgedragen onder de opschortende voorwaarde dat A niet meer aan zijn verplichtingen voor het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de X-software kan of wil voldoen. De gebruikslicentie voor de software staat daar los van. Deze heeft betrekking op het mogen gebruiken van de software als informatieverwerkend gebruiksproduct: daarbij werkt de code die voor de computer bruikbaar is, de machinecode.

3a) A wil stoppen met het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de X-software en laat dat D, V en W weten. D levert conform de afspraak in de overeenkomst van source code escrow een elektronische exemplaar van de laatste versie van de broncode af aan V en W. A draagt het auteursrecht op X-software over aan B en deze laatste wil de software exclusief licentiëren aan Y. B vraagt zich af of hij de gebruikslicenties die V en W ingevolge de overeenkomst met A hadden, dient te respecteren.

¹¹ Deze casus is losjes gemodelleerd naar: BGH 17 november 2005, www.lexetius.com/2005,2990.

3b) A gaat failliet. D geeft het elektronische exemplaar af aan V en W. De curator van A vraagt zich af of hij de gebruikslicenties voor de X-software van V en W heeft te respecteren.

6.3 De aard van de gebruikslicentie en art. 45j Aw

6.3.1 De wettelijke grondslag

In de Europese software richtlijn, in Nederland geïmplementeerd in art. 45h Aw en verder, heeft de wetgever de bevoegdheden van de auteursrechthebbende een ongekend bereik gegeven.¹² Uit art. 45i Aw blijkt dat bepaalde, voor het softwaregebruik noodzakelijke handelingen (bijvoorbeeld het laden en uitvoeren van het programma) onder het verveelvoudigingsrecht vallen.¹³ Dit terwijl het enkele gebruik traditioneel nooit onder het auteursrecht viel.

De softwareverkrijger is bovendien gezien art. 45n Aw uitgesloten van het recht om een privékopie te maken ex art. 16c of 16b Aw. Op grond van die laatste bepaling mag een verkrijger van bijvoorbeeld een schilderij wel ‘voor eigen oefening, studie of gebruik’ een verveelvoudiging daarvan maken. Een eigenaar van een schilderij heeft dus het recht als eigenaar van het schilderij gebruik te maken waarbij in uitzondering op het auteursrecht ook nog dit verveelvoudigingsrecht hoort.

Het heil voor de softwareverkrijger moet komen van art. 45j Aw en verder. ‘Tenzij anders is overeengekomen’ heeft ‘de rechtmatige verkrijger van een exemplaar’ een aantal rechten die hem moeten garanderen dat de verkrijger de software die hem ter beschikking is gekomen ook mag (blijven) gebruiken. Hieronder vallen naast het genoemde laden en uitvoeren bijvoorbeeld ook het verbeteren van fouten in de software en het maken van een reservekopie (art. 45j en 45k Aw). Deze laatste twee rechten horen blijkens de genoemde wetsbepalingen dwingendrechtelijk bij het beoogde gebruik.¹⁴ Het beoogde gebruik kan wel contractueel worden ingevuld voor de omvang en intensiteit van het gebruik (bijvoorbeeld op hoeveel computers of door hoeveel personen de software tegelijkertijd mag worden gebruikt).

¹² Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb* L 111/16, 5.5.2009. Deze richtlijn bevat voor dit onderwerp enkel redactionele wijzigingen ten opzichte van de bekende richtlijn uit 1991 (Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, 91/250/EEG, *Pb*. L122/42).

¹³ Zie Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 594-595, met verdere verwijzingen.

¹⁴ Zie in fine hierover, Van Schelven, Struik en Hoorneman 2010, a.w. noot 2, p. 172-174 (reservekopie) en 237-239 (dwingendrechtelijk karakter).

6.3.2 Toepassing van art. 45j Aw op derden verkrijgers? Twee opvattingen

De discussie over deze bepaling gaat vooral om de vraag wat deze uitzonderingsbepaling betekent voor de vermogensrechtelijke positie van de verkrijger. Er zijn grofweg twee opvattingen te onderscheiden. De eerste is dat art. 45j Aw het auteursrecht als een wettelijke exceptie afgrenst, en dat de verkrijger van een exemplaar op basis van deze exceptie binnen zekere grenzen vrij is in zijn gebruik. De tweede opvatting (die ik voor de juiste houd) is dat art. 45j Aw verbin-tenisrechtelijk moet worden opgevat. Hier wordt het beoogde gebruik van de verkrijger van software primair bepaald door de (obligatoire) licentie die hij heeft om van de software gebruik te mogen maken, zij het dat art. 45j Aw een ondergrens aangeeft voor de omvang van het bij (expliciete of impliciete) licentie te verlenen beoogde gebruik.¹⁵

Het aannemen van de ene of de andere opvatting leidt tot verschillende praktische uitkomsten. Deze worden gereflecteerd in de literatuur die de hier aan de orde zijnde problematiek betreft van de softwareverkrijger rond derdenwerking en faillissement van de auteursrechthebbende.

Voor zover wordt uitgegaan van de theorie van de wettelijke exceptie zijn de onderzoeksvragen eenvoudig te beantwoorden. Voor Boekraad en Van Engelen staat art. 45j Aw voor de verkrijger als een rots in de branding. Derdenwerking en veiligheid bij faillissement zijn verzekerd nu de softwareverkrijger wegens art. 45j Aw geen auteursrechtelijke licentie nodig heeft om van ‘zijn’ software gebruik te mogen maken. Van Engelen wijst nog op een rechterlijke uitspraak waarin deze lijn wordt bevestigd.¹⁶

Drion, en ook Jager en Weening achten de positie van de softwareverkrijger niet zonder meer veilig. Vooral Drion gaat er daarbij vanuit (enigszins voor de vuist weg, zoals dat hoort in een ‘vooraf’ in het NJB) dat de softwareverkrijger zijn recht ontleent aan de met de oorspronkelijke auteursrechthebbende gesloten licentieovereenkomst.¹⁷ Een opsomming van denkbare ontsnappingsmogelijkheden ten spijt, acht hij de positie van de verkrijger jegens een opvolgende auteur onzeker. Jager en Weening twijfelen of de softwareverkrijger veilig is in faillis-

¹⁵ E.D.C Neppelenbroek, AMI 2006, a.w. noot 3, p. 109-118 [hier hoofdstuk 3]. Onder meer Spoor, Verkade en Visser staan een andere uitleg van art. 45j Aw voor. Zie Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 596 en verder. Voor een nadere onderbouwing van deze opvatting, vooral ook vanuit een analyse van het Europese recht, zie: E.D.C Neppelenbroek: ‘Over de verkrijger van software en over het neerhalen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht,’ te verschijnen [hier hoofdstuk 2].

¹⁶ Boekraad 2007, a.w. noot 7, p. 51-52; Van Engelen 2009, a.w. noot 7, onder 12, met verwijzing naar: Hof Amsterdam 5 juli 2007, *IEPT* 200070705 (LVDH v UWV). Ook de uitspraak Rb. ’s-Gravenhage 23 april 2003, BIE 2004, p. 40, m.n. Quaedvlieg (Bridge Boekhoudsoftware) kan – hoewel niet zo duidelijk – vanuit de opvatting van de wettelijke exceptie worden verklaard..

¹⁷ Drion 2009, a.w. noot 7, p. 2191.

sement, en dat hangt ook samen met de twijfel of art. 45j Aw als een wettelijke exceptie kan worden gezien.¹⁸

Kortom: over de positie van de softwareverkrijger bestaat ook in de discussie rond derdenwerking en faillissement een wisselend beeld. Naar mijn mening moet ook (juist) bij de positie van de verkrijger van software de licentie in het brandpunt van de vermogensrechtelijke belangstelling staan. Bij de behandeling van de onderzoeksvragen in het licht van de casusposities zal regelmatig naar het verschil tussen deze opvattingen worden verwezen.

6.4 De softwarelicentie als vorderingsrecht of beperkt recht

6.4.1 Nederland: vorderingsrecht

Voor de beantwoording van de onderzoeksvragen moet eerst worden vastgesteld wat de juiste kwalificatie is van de softwarelicentie. Als de softwarelicentie namelijk onder bepaalde omstandigheden als een absoluut recht moet worden aangemerkt, dan is er gezien het droit de suite en de separatistenpositie van de licentienemer geen probleem meer. De opvolgende auteursrechthebbende dan wel de curator zal de licentienemer dan niet meer kunnen ‘raken.’ Als de kwalificatie vorderingsrecht geëigend is, dan zal primair uitgegaan moeten worden van het ontbreken van derdenwerking en faillissementsbestendigheid, behalve als daarvoor een juridische basis is te vinden. De licentie wordt, als gezegd, in het auteursrecht algemeen beschouwd als een vorderingsrecht.¹⁹

Er is geen reden om aan te nemen dat in het geval van de licentie voor software iets anders geldt. Weliswaar spreekt het Hof Den Haag in de uitspraak ‘Vliegtuigsimulatie-software’ van de kwalificatie van de softwarelicentie als een absoluut, beperkt recht. Dit gebeurt bij de voor de uitkomst van de beslissing niet dragende overweging dat voor de overdracht van de licentie (in casu door een curator in het faillissement van een verkrijger) een akte nodig zou zijn.²⁰ Hetzelfde zou echter gelden als de rechter de licentie een vorderingsrecht zou hebben gevonden: dan was de akte voor overdracht ex art. 3:94 BW vereist.

¹⁸ Jager en Weening 2008, a.w. noot 7, p. 64. Jurisprudentie die aanleiding voor een dergelijke twijfel kan geven zijn: Hof 's-Gravenhage 20 november 2003 CR 2004, 22 m.nt. Neppelenbroek (Vlieg simulatiesoftware); Rb. Amsterdam 24 mei 1995, CR 1997, p. 63 (Coss Holland/TM Data).

¹⁹ Supra, noot 4.

²⁰ Hof 's-Gravenhage 20 november 2003 CR 2004, 22 m.nt. Neppelenbroek (Vlieg simulatiesoftware).

6.4.2 Duitsland: beperkt recht

De juridische exploitatie van het auteursrecht verloopt in Duitsland anders dan in Nederland. Het is in Duitsland namelijk niet mogelijk om het auteursrecht over te dragen.²¹ Deze functie wordt ingenomen door het verlenen van *Nutzungsrechte* (art. 31 UrhG).²²

Het Nutzungsrecht kan exclusief of niet-exclusief worden verleend (als *ausschließliches* oder *einfaches Recht*, art. 31 lid 1 UrhG). In beginsel mag de exclusieve houder van het Nutzungsrecht zijn rechten uitoefenen met uitsluiting van een ieder, inclusief de auteursrechthebbende (art. 31 lid 3 UrhG).²³ Bij het niet-exclusieve Nutzungsrecht kunnen de auteursrechthebbende en eventueel andere gerechtigden naast de licentienemer de auteursrechtelijke bevoegdheden uitoefenen (art. 31 lid 2 UrhG). Het Nutzungsrecht is anders dan de Nederlandse licentie een absoluut recht (*gegenständliches Recht*). Overwegend wordt in de literatuur aangenomen dat dit ook geldt voor niet-exclusieve Nutzungsrechte. Daarbij is art. 33 UrhG beslissend. In dat artikel wordt aan houders van een niet-exclusief Nutzungsrecht ‘Sukzessionsschutz’ verleend in geval van een latere verlening van een exclusief Nutzungsrecht of de overgang van het auteursrecht.²⁴

Deze dogmatiek wordt ook toegepast als het gaat om het verlenen van Nutzungsrechte voor het gebruik van software.²⁵ De auteursrechthebbende heeft dus in zijn macht om, tot op een bepaalde hoogte, de wijze waarop en de mate waarin de verkrijger van software gebruik daarvan kan maken, te regelen (Art und Umfang der Nutzung).²⁶ De verkrijger van dit absolute Nutzungsrecht heeft dan ook ‘Sukzessionsschutz.’ In paragraaf 6.6 zal de positie van de Duitse houder van het Nutzungsrecht in faillissement nog eens naar voren worden gebracht.

²¹ Preciezer gezegd: Overgang van het auteursrecht onder levenden is niet mogelijk; dit is wel mogelijk bij overerving (art. 28 en 29 UrhG).

²² Aangezien het verlenen van een Nutzungsrecht noch aan de Nederlandse overdracht van het auteursrecht, noch aan het Nederlandse verlenen van een licentie gelijk staat, blijft de term in deze tekst onvertaald. Wel wordt het contract waarin Nutzungsrechte worden verleend vaak als *Lizenz* aangeduid.

²³ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht: Kommentar*, München: Beck 2010, p. 631.

²⁴ Dreier/Schulze, *UrhG*, München: C.H. Beck 2006, p. 560-562; Schricker/Loewenheim 2010, a.w. noot 23, p. 590, 631-632. Ook bij degenen die het niet exclusieve Nutzungsrecht niet als een *gegenständliches Recht* beschouwen, staat de Sukzessionsschutz niet ter discussie, aldus Schricker/Loewenheim (p. 590). Bij overgang van het auteursrecht gaat het overigens om het geval genoemd in noot 21.

²⁵ Dreier/Schulze 2006, a.w. noot 24, p. 890-891. Zie ook de rechtsvergelijking van Lenselink 2005, a.w. noot 3, p. 123.

²⁶ Dreier/Schulze 2006, a.w. noot 24, p. 900-901; Loewenheim, *Handbuch des Urheberrechts*, München: C.H. Beck 2003, p. 1630-1631; Schricker/Loewenheim 2010, a.w. noot 23, p. 1359-1363 en J. Marly, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union: Abschied vom überkommenen Urheberrechtsverständnis*, München: Beck 1995, p. 201-202. De bepaalde hoogte waarvan sprake is, betreft de zogenoemde ‘Abredefesten Kern’ (Dreier/Schulz) van art. 69d UrhG (vergelijk voor Nederland de ‘dwingende gebruikersrechten’ van art. 45j Aw en verder).

6.5 De softwarelicentie en de overdracht van het auteursrecht

Waar in Duitsland de derdenwerking van het Nutzungsrecht vaststaat door de kwalificatie als absoluut recht, is de derdenwerking op zijn minst onzeker in Nederland. Gegeven de kwalificatie van de softwarelicentie als vorderingsrecht moet ervan worden uitgegaan dat deze derdenwerking ontbreekt.²⁷ In deze paragraaf wordt onderzocht of er doorslaggevende redenen zijn om bij softwarelicenties van dit uitgangspunt af te wijken.

Het feit dat het bij een licentie gaat om een verplichting tot dulden heeft geen invloed op de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van derdenwerking. In beginsel bestaat deze niet.²⁸ Anders dan bij registergoederen bestaat ook niet de mogelijkheid om de verplichting in de zin van art. 6:252 BW kwalitatief te maken.²⁹ Wel wordt in de (oudere) literatuur de passiviteit in de licentieverplichting aangewezen als een reden waarom deze bij het faillissement van de licentiegever moet blijven worden gerespecteerd.³⁰ Daarom zal op dit aspect van de licentie in de volgende paragraaf worden teruggekomen.

6.5.1 Derdenwerking en huursoftware

Ik heb hierboven de software in de eerste casus als ‘huursoftware’ aangeduid. De kwalificatie ‘huur’ heeft in dit kader vooral belang gezien het rechtsgevolg ex art. 7:226 BW (‘koop breekt geen huur’). De huurder heeft geen absoluut recht, maar zijn rechten en plichten uit de overeenkomst gelden op grond van deze wetsbepaling ook jegens de rechtsopvolger van het gehuurde.³¹ Bij de huur van onroerende zaken is deze bepaling van dwingend recht; bij andere huurobjecten van regeland recht (art. 7:226 lid 4 BW).³²

²⁷ Lenselink 2005, a.w. noot 4, p. 171-172; Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 426. In de in deze literatuur behandelde rechtspraak werd de vraag naar derdenwerking door de HR niet beantwoord. Zie: HR 28 november 1941, *NJ* 1942, 205 (Fire over England II) en HR 21 maart 2003, *LJN* AF0194 (Intramed/Micromais), <www.rechtspraak.nl>.

²⁸ Dit werd door de HR bijvoorbeeld tot uitgangspunt genomen in: HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 184 (Mestdepot). Vergelijk voor het faillissement, waarover in paragraaf 6.6 nader: HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Nebula).

²⁹ Asser/Mijnssen e.a., 3.I. Goederenrecht 2006, nr. 22.

³⁰ Zie bijvoorbeeld E.P.M. Thole, *Software, een ‘novum’ in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.

³¹ Uit art 7:226 lid 3 blijkt dat slechts die rechten en plichten overgaan die een onmiddellijk verband houden met het gebruik van het gehuurde. Zie daarover Asser/Abas, nr. 68 e.v. De – overzichtelijke – casus die hier wordt onderzocht blijft verre van mogelijke interpretatiemoelijkheden als de huurovereenkomst vele bijkomstige bepalingen bevat.

³² Quaadvlieg wees hier ook al op in: A.A. Quaadvlieg, ‘Intellectuele-eigendomslicenties in “boek 9 BW”’, *NTBR* 1995, p. 234.

De kwalificatie als huurovereenkomst is het meest geëigend wanneer het genot niet definitief uit handen worden gegeven en tussen partijen een echte duurrelatie blijft bestaan (bijvoorbeeld wanneer voor het gebruik van de software periodiek wordt betaald met de mogelijkheid om deze contractsverhouding op te zeggen). Het is dan de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder/licentiegever, zich verbindt aan de andere partij, de huurder/licentienemer, een vermogensrecht (het auteursrecht op het werk) in gebruik te verstrekken en de huurder/licentienemer zich verbindt tot een tegenprestatie (het betalen van de periodieke betalingen).³³ Voor dit type software-licenties is art. 7:226 BW dan ook van toepassing te achten. Dat betekent dat deze ‘huurlicenties’ in beginsel door opvolgende verkrijgers van het auteursrecht moeten worden gerespecteerd. In de onder paragraaf 6.2 beschreven eerste casus zou dat betekenen dat opvolgende verkrijger B de huurlicenties jegens T, U en V moet respecteren en derhalve de software niet exclusief aan W mag licentiëren.

Voorzichtigheid is hier op zijn plaats. Als de plichten uit huurovereenkomst overgaan op een derde wegens de overdracht van het auteursrecht kan het zo zijn dat deze derde de huur op de voet van (het voor dit object net als art. 7:226 BW regelendrechtelijke) art. 7:228 BW wenst op te zeggen. Als het een overeenkomst voor onbepaalde tijd betreft moet men ervan uitgaan dat opzeggen ook bij het ontbreken van een contractueel uitdrukkelijk verleende bevoegdheid mogelijk is op grond van art. 7:228 BW (op grond van de redelijkheid en billijkheid mogelijk met opzegtermijn en met vergoeding van geleden schade). Bij duurovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt daarentegen dat de opzeggingsbevoegdheid in beginsel alleen bestaat als deze contractueel is vastgelegd.³⁴ Voor contractuele opzeggingsbevoegdheden wordt ervan uitgegaan dat deze overgaan bij de verkoop van het verhuurde.³⁵ In de casus zou B van T, U en V af kunnen komen als hij een mogelijkheid vindt om de huurovereenkomsten met hen op te zeggen. De derdenwerking van een huurrecht blijkt dan toch niet te vergelijken met die van een echt absoluut beperkt recht, dat slechts zelden opzegbaar zal zijn.³⁶

6.5.2 Derdenwerking en koopsoftware

De af te wegen belangen bij koopsoftware worden door de tweede casus uit paragraaf 6.2 geïllustreerd. A heeft aan T, U en V een niet-exclusieve licentie verkocht. Vervolgens wil B het auteursrecht overnemen om de software exclu-

³³ Zie verder: Neppelenbroek 2005, a.w. noot 9 [hier hoofdstuk 4].

³⁴ Zie hierover nader: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 408-409; Vergelijk voor een casus in de sfeer van automatisering: HR 6 november 1998, NJ 1999, 132.

³⁵ Zie Groene serie Kluwer, Huurrecht (De Vries), nr. 26h; Hof 's-Hertogenbosch 6 februari 2007, WR 1997, nr. 78.

³⁶ Theoretisch is bij bijvoorbeeld een recht van vruchtgebruik een opzeggingsbeding mogelijk gezien art. 3:81 lid 2 sub d BW. In Pitlo/Reehuis, nr. 701 wordt een opzegbaar recht van vruchtgebruik ‘een witte raaf’ genoemd.

sief te kunnen licentiëren aan W. Wiens belang moet nu voorgaan: dat van B om de software exclusief te kunnen licentiëren of het belang van T, U en V om ongestoord gebruik te kunnen blijven maken van de software? De goederenrechtelijk juiste aanvliegroete is naar mijn mening om uit te gaan van het juridische gelijk van B, tenzij er voldoende dragende juridische argumenten zijn die in de richting wijzen van het gelijk van T, U en V. De licentie is nu eenmaal een vorderingsrecht en er bestaat geen juridisch aanknopingspunt voor derdenwerking zoals art. 7:226 BW. Het belang van B is ook niet futiel of irreëel. Uiteindelijk gaat het erom wie van de partijen jegens A een goederenrechtelijk werkende aanspraak heeft en wiens aanspraak oplost in een obligatoire aanspraak tot schadevergoeding jegens A.

Het ontbreken van derdenwerking past evenwel slecht bij de ratio van de Europese softwareregeling. Deze ratio is een sterke bescherming van de auteursrechthebbende van software met inachtneming van de gerechtvaardigde belangen van de verkrijger. De minimumrechten van art. 45j Aw en verder zijn aan de verkrijger gegeven met het oog op de mogelijkheid voor continu gebruik van de software.

Ondanks deze Europese ratio moet worden aangenomen dat T, U en V zich na de overdracht van het auteursrecht door A niet meer op art. 45j Aw kunnen beroepen. Dat is de consequentie van het feit dat de Europese wetgever de aard van de gebruikslicentie ongeregeld heeft gelaten. Nu, zoals hierboven is bevestigd, de gebruiksbevoegdheid van art. 45j Aw naar Nederlands recht als een licentie tussen partijen moet worden beschouwd heeft de 'toevallige' kwalificatie van het licentierecht als vorderingsrecht in het Nederlandse recht een ongunstige uitkomst voor de positie van de softwareverkrijger als gevolg. De verbintenrechtelijke relatie tussen T, U en V enerzijds en A anderzijds gaat niet over op B. Dit terwijl de verkrijger in het Duitse recht door de kwalificatie van zijn positie als rechthebbende op een absoluut *Nutzungsrecht* 'toevallig' wel *Sukzessionsschutz* heeft. Voor zover de gebruiksregeling van art. 5 van de richtlijn (zoals in Nederland geïmplementeerd in art. 45j Aw) leemtes laat, neemt de gebruikslicentie als een kameleon de kleur aan van het nationale recht waarin zij wordt afgesloten. Volgens mij is de verkrijger in Duitsland 'toevallig' in een positie terechtgekomen die beter past bij de ratio van de Europese softwarerichtlijn. Het ware wenselijk dat de licentie van de koper van software derdenwerking heeft tegen de opvolgende verkrijger van het auteursrecht. Naar geldend recht kan deze wenselijke uitkomst echter niet worden verdedigd. De algemene ratio van de softwarerichtlijn biedt geen aanknopingspunten om met een beroep op het Europese effectiviteitsbeginsel of door richtlijnconforme interpretatie de positie van de verkrijger de nationale dogmatiek opzij te zetten. In plaats daarvan zou de (gebruiks)licentie van art. 45j Aw door de nationale wetgever goederenrechtelijk nader moeten worden ingekleed. In paragraaf 6.7 zal wel blijken dat er alternatieven bestaan voor de softwarelicentie.

6.5.3 Derdenwerking en de automatisering met source code escrow

In de derde casus is de verlening van de gebruikslicentie ingebed in een ontwikkelings- en abonnementsrelatie met betrekking tot versies van de ontwikkelde software. Juist in het geval dat de leverancier ophoudt met het verder ontwikkelen en onderhouden van de software is het interessant om te kijken of de overgebleven gebruikslicenties het houden tegen overdracht van het auteursrecht. Juist met het oog op gegarandeerde continuïteit van het gebruik en onderhoud van de software was immers de source code escrow afgesproken, waardoor V en W nu de beschikking hebben over een exemplaar waarop de broncode van de laatste versie van de software is weergegeven. Als nu de overdracht van het auteursrecht van leverancier A naar opvolgende verkrijger B ten gevolge heeft dat aan V en W de gebruikslicentie ontvalt, dan is dat een lek in de constructie van escrowregeling. Deze potentiële problemen zijn in de literatuur her en der geconstateerd, hoewel dit in niet per se heeft geleid tot de conclusie dat de escrow een onbruikbaar instrument is.³⁷

Hoewel de licentie voor V en W niet uit een koopovereenkomst maar uit het meeromvattende automatiseringscontract is ontstaan, is de softwarelicentie in de hier geconstrueerde casus op één lijn te stellen met de kooplicentie van de tweede casus. Zij is immers eenmalig en definitief verleend zodra de laatste versie van de software was verschenen en dit is wat V en W hebben overgehouden nadat de abonnements- en onderhoudsrelatie met A was opgehouden. Als deze licentie wordt doorkruist door de overdracht van het auteursrecht aan B, dan hebben V en W de beschikking over een exemplaar met de broncode voor programmatuur die niet meer mag worden gebruikt. Daarmee valt de constructie van de escrow in het geval van verdere overdracht van het auteursrecht op de software in duigen.

Net als bij koopsoftware heeft ook hier de overdracht van het auteursrecht het gevolg dat de verkrijger van het auteursrecht de licentie niet tegen zich hoeft te laten gelden, hoezeer dit ook tot – gezien de constructie van de escrow-overeenkomst en de ratio van de softwarerichtlijn ongewenste – problemen leidt.

6.6 *Het faillissement van de licentiegever*

De tweede in de inleiding naar voren gebrachte vraag is of in het geval van het faillissement van de licentiegever de curator de licentie van de verkrijger van software heeft te respecteren. De beantwoording van deze vraag is verwant aan de vorige nu deze wederom de aard van de licentie en de licentieovereenkomst betreft. Toch rechtvaardigt dit probleem een bijzondere behandeling. Voordat

³⁷ Zie: Slager e.a., *Werken met source code escrow*, Antwerpen – Deventer: Kluwer rechtswetenschappen 1990, p. 21-22. Het probleem wordt daar op heldere wijze gedemonstreerd, de conclusie blijft echter tentatief. Zie verder ook: Thole 1991, a.w. noot 30, vooral p. 218-220 (over de overdracht van het auteursrecht van alleen de broncode).

naar de verschillende casus wordt gekeken, zal ik eerst de reikwijdte van het faillissementsbeslag voor het auteursrecht op software aan de orde brengen.³⁸

6.6.1 De reikwijdte van het faillissement bij software

De reikwijdte van de beslagmogelijkheden op het auteursrecht is beperkt. Blijkens art. 2 lid 3 Aw jo. art. 21 Fw kan het auteursrecht, voor zover dit toebehoort aan de oorspronkelijke maker van het werk, niet worden getroffen door het (faillissements)beslag. Daaraan ligt de persoonlijkheidsrechtelijke gedachte ten grondslag dat de maker niet tegen zijn wil te maken zou moeten krijgen met het openbaar worden van zijn werk door de gedwongen verkoop van zijn auteursrecht (het *droit de publication*).³⁹ Deze beperking is des te groter als onder maker tevens de rechtspersonen en werkgevers genoemd in art. 7 en 8 Aw moeten worden verstaan. Software is immers vrijwel altijd een door bedrijven gemaakt product (vergelijk ook de casus uit paragraaf 6.2).

Rondom de thema's persoonlijkheidsrechten, beslagverbod, makers ex art. 7 en 8 Aw en software is bij voortduring kritisch geschreven. Om uiteenlopende redenen wordt de auteursbescherming van art. 2 lid 3 Aw jo. art. 21 Fw te vergaand gevonden. Onze aandacht voor deze problematiek is nodig, omdat we willen weten of het auteursrecht op de software op basis waarvan de licenties zijn verleend al dan niet in de boedel valt. De redenen waarom men kritisch is over de reikwijdte van het beslagverbod kunnen in drie categorieën worden uitgesplitst.

In de eerste categorie valt de opvatting dat het beslagverbod te vergaand is, ongeacht wie maker is of wat het werk is. Van Nispen heeft betoogd dat de regel van art. 2 lid 3 Aw niet consistent is met zijn ratio. De regel geldt namelijk voor het auteursrecht op werken ongeacht of deze openbaar zijn gemaakt. Dit terwijl de ratio van de regel het recht van de maker betreft het werk al dan niet aan de openbaarheid prijs te geven. Van Nispen pleit er dan ook voor het beslagverbod niet te laten gelden voor reeds openbaar gemaakte werken. Voor de casus in deze bijdrage zou dat altijd betekenen dat het auteursrecht op de software in het faillissement zou vallen omdat er openbaar is gemaakt. Alleen het auteursrecht op software die al wel ontwikkeld is, maar die nog niet aan de openbaarheid is prijsgegeven zou dan nog onder het verbod vallen.⁴⁰

In de tweede categorie vallen diegenen die betogen dat het beslagverbod niet zou behoren te gelden voor makers ex art. 7 en 8 Aw. Vaak, maar niet al-

³⁸ Het praktische belang van de problematiek wordt overigens gerelativeerd door het feit dat software vaak snel veroudert. Licenties die lang geleden zijn verleend zullen daarom in het algemeen maar weinig meer waard zijn. Een curator zal zich daaromtrent een realistisch beeld moeten vormen.

³⁹ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 365.

⁴⁰ C.J.J.C. van Nispen, 'Beslag op en executie van rechten van intellectuele eigendom,' *TvI* 2002, p. 271-272.

tijd,⁴¹ hangt deze opvatting samen met die dat persoonlijkheidsrechten niet aan ‘fictieve’ makers zouden behoren toe te komen.⁴² Als deze opvatting wordt gevolgd dan geldt het beslagverbod bij software uitsluitend voor zover de maker daarvan een natuurlijk persoon is. Dat zal bij software slechts bij uitzondering het geval zijn.

In de derde categorie vallen diegenen die van opvatting zijn dat het beslagverbod voor software (en misschien ook voor andere categorieën van werken) niet zou moeten gelden. Deze opvatting hangt dan weer vaak samen met die dat software als technisch-industrieel product sowieso een buitenbeentje is in het auteursrecht en dat het niet automatisch zou moeten worden aangenomen dat alle rechten die bij het auteursrecht horen ook zouden moeten gelden voor de rechthebbenden op software.⁴³ Bij deze opvatting kan het auteursrecht op software altijd worden beslagen.

Overigens gaat een variant op de tweede en derde categorie van opvattingen niet op. Deze zou inhouden in dat de fictieve maker van software op grond van de Europese softwareregeling geen persoonlijkheidsrechten zou hebben en dan dus ook geen beroep zou kunnen doen op de beslagbescherming. De software-richtlijn bepaalt, toevalligerwijze ook in art. 2 lid 3, dat de ‘economische rechten’ berusten bij de werkgever. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de niet-economische rechten (te weten: de persoonlijkheidsrechten) dan dus niet bij de werkgever of rechtspersoon kunnen berusten.⁴⁴ Dit rechtsgevolg is door de Europese wetgever niet geregeld. Bij de implementatie van de softwarerichtlijn heeft de nationale wetgever zich ertoe beperkt te constateren dat het Nederlandse auteursrecht voldoet aan de richtlijn en dat er daarom door de nationale wetgever niets nader hoeft te worden geregeld.⁴⁵ Hier kan weer een vergelijking worden gemaakt met Duitsland. Daar kent men het makerschap als uitgangspunt niet aan werkgevers of ondernemingen toe. Daar pakt art. 2 lid 3 SwrI aldus uit dat de werkgever bij software, anders dan uit het gewone auteursrecht zou voortvloeien, een exclusief Nutzungsrecht verkrijgt voor wat betreft de ‘economische rechten’ (en dus niet de persoonlijkheidsrechten).⁴⁶ Net als bij de der-

⁴¹ J.M.M. Maeijer, ‘Rechtspersoonlijkheid, persoonlijkheidsrechten en vatbaarheid voor beslag van het auteursrecht,’ *BIE* 1990, p. 354-355.

⁴² N. van Lingen, ‘Morele rechten van fictieve makers,’ in: *Qui bene distinguit bene docet. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 191-199. Van der Klaauw-Koops 1991, a.w. noot 6, p. 662; A.A. Quaadvlieg, ‘Het belang van de werkgever,’ *AMI* 1993, p. 83, 86; S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 290.

⁴³ Zie: H.A. De Savornin Lohman, ‘Auteursrecht op software onder beslag en in faillissement,’ *NJB* 1988, p. 900; E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement. Vademecum Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 55-56.

⁴⁴ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 594. In de Memorie van Antwoord bij de invoering van de auteursrechtelijke softwareregeling werd juist gewaarschuwd tegen deze a-contrariorendering. Zie: TK 1992-1993, 22 531, nr. 5, p. 16.

⁴⁵ TK 1991-1992, 22 531, nr. 3, p. 4-5; TK 1992-1993, 22 531, nr. 5, p. 4, 16.

⁴⁶ Zie § 69b lid 1 Urheberrechtsgesetz; waarover: Dreier/Schulze 2006, a.w. noot 24 p. 885-886.

denwerking neemt ook hier de nationale softwareregeling bij ontbreken van een Europees kader als een kameleon de kleur aan van de nationale dogmatiek waarin zij zich bevindt.

Het is opvallend dat de kritische opvattingen niet altijd als geldend recht worden gepresenteerd.⁴⁷ Er wordt vaak juist heel voorzichtig gemanoeuvreerd, hetgeen op zijn minst suggereert dat hetgeen men voor wenselijk houdt toch niet het geldende recht is.⁴⁸ Bij bepleite wetswijzigingen zijn de oplossingen ongelijksoortig van aard. Moet art. 2 lid 3 Aw niet gelden voor openbaar gemaakte werken, fictieve makers of software als werktype? Dit kan wellicht mede verklaren waarom door de wetgever nog geen actie is ondernomen is.

Naar geldend recht hebben we een beslagverbod dat geldt ongeacht het rechtsfeit openbaarmaking, ongeacht de soort maker en ongeacht het type werk.⁴⁹ Ik deel het breed gedragen rechtsgevoel dat dit beslagverbod voor software in de casus zoals deze hier zijn geschetst te ver strekt. Een oplossing voor dit probleem vergt naar mijn opvatting een grondige heroriëntatie op de belangen die door het beslagverbod en het droit de publication gediend behoren te worden. Die zou moeten leiden tot een evenwichtig, op maat gesneden compromis. Hoe dit vorm moet krijgen valt buiten het bestek van deze bijdrage. In het onderstaande wordt ervan uitgegaan dat ook voor software een betrekkelijk ruim beslagverbod geldt, ook voor fictieve makers.

6.6.2 De softwarelicentie buiten faillissement

Stel dat het softwarebedrijf A uit de casus, een BV, failliet gaat en dat het auteursrecht op de software buiten het faillissement blijft omdat de BV als maker ex art. 7 of 8 Aw kan worden aangemerkt.

Wat gebeurt er dan met de licenties die aan derden zijn verschaft? Eventuele (periodieke) licentievergoedingen vallen binnen het faillissement omdat op die vergoedingen beslag kan worden gelegd. In de literatuur wordt terecht aangenomen dat de licenties zelf buiten het bereik van de curator vallen.⁵⁰ Hier brengt de bijzondere regel van art. 21 Fw met zich dat niet alleen het auteursrecht, maar ook de daaraan hangende licenties buiten het bereik van de curator moeten blij-

⁴⁷ Met als uitzonderingen Maeijer en Van Lingen, zie respectievelijk noot 41 en 42.

⁴⁸ In Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 365 wordt de opvatting dat art. 2 lid 3 Aw niet van toepassing is op gevallen die 'met persoonlijkheidsrechtelijke achtergronden *au fond* niets van doen hebben,' verdedigbaar geacht. Lenselink beschouwt als auteursrechthebbers bij wie het auteursrecht in de boedel valt 'zij die het auteursrecht door overdracht hebben verkregen en de maker-rechtspersoon voor zover de opvatting wordt gevolgd dat art. 2 lid 3 Aw voor die laatste groep (fictieve) makers niet geldt.' Wordt die opvatting nu gevolgd of niet? Zie: Lenselink 2005, a.w. noot 4, p. 182, noot 230.

⁴⁹ Vergelijk reeds: P.B. Hugenholtz en J.H. Spoor, *Auteursrecht op software*, Amsterdam: Otto Cramwinkel uitgever 1987, p. 44 (beslagverbod voor software 'geldend recht').

⁵⁰ Zie: Spoor, Visser en Verkade 2005, a.w. noot 2, p. 443; Lenselink 2008, a.w. noot 6, p. 29-30.

ven. Dit hangt samen met de ratio van het beslagverbod, dat het aan de auteur zelf is dat en hoe hij zijn werk openbaar maakt. Het verlenen van de licenties is een uitoefening van dat recht en bijgevolg vallen ook de licentieverleningen buiten het blikveld van de curator (behalve dus waar het de vergoedingen betreft).

De BV is na de afwikkeling van het faillissement doorgaans ontbonden (art. 16 of 173 Fw jo. art. 2:19 lid 1 sub c BW).⁵¹ In beginsel is daarmee het einde van de rechtspersoon ingeluid. In casu is er echter nog het auteursrecht in de ontbonden BV waaraan de curator niet heeft mogen komen. Hoe loopt het daarmee nu af? Nu er nog baten in de BV zitten, zal de BV alsnog ex art. 2:23 BW moeten worden vereffend. De vereffenaar van de BV treft een waardevol, niet door het faillissement aangetast auteursrecht aan. Moet de vereffenaar nu op basis van art. 2:23a lid 4 BW opnieuw faillissement aanvragen? Als dat zo zou zijn brengt het beslagverbod een catch 22 met zich. Ook bij dit nieuwe faillissement zou immers dit auteursrecht ingevolge art. 2 lid 3 Aw jo. art. 21 Fw buiten het faillissement vallen. Voor zover er nog periodiek binnenkomende (voor faillissement vatbare) licentieopbrengsten zijn zouden deze wel een telkens opnieuw aan te vragen faillissement vergen. Met de licenties zelf kan het volgende gebeuren. Ten eerste kan het auteursrecht met rust worden gelaten (in welk geval de BV non-existent wordt met het aflopen van het auteursrecht, zeventig jaar na de eerste openbaarmaking, art. 38 lid 2 Aw). De tweede mogelijkheid is het verkopen van het auteursrecht door een vereffenaar in de zin van boek 2, in welk geval de baten vooreerst ten goede komen aan de crediteuren die hoogstwaarschijnlijk nog niet volledig zijn voldaan uit de faillissementsboedel (art. 2:23b lid 1 BW).⁵² Als de curator wenst dat het auteursrecht verkocht wordt hoeft daar gezien het dwingende, persoonlijkheidsrechtelijke karakter van de beslagbescherming ex art. 2 lid 3 Aw jo. art. 21 Fw door de maker geen gehoor aan te worden gegeven.⁵³ Gezien deze mogelijke tegenstrijdigheid van belangen is het niet bij voorbaat raadzaam de hoedanigheid van curator en boek 2-vereffenaar in een hand te brengen. Mocht er sprake zijn van een status quo in de zin dat het auteursrecht onaangeroerd in de BV blijft, dan kunnen de licentienemers van hun licentie gebruik blijven maken zonder dat de curator daar iets tegen kan doen. In de tombola van het auteursrecht pakt deze regel hier gunstig uit voor de licentienemer.⁵⁴ In de andere gevallen moet de licentienemer maar afwachten of de nieuwe auteursrechthebbende de licentie zal respecteren.

⁵¹ Buiten het niet vaak voorkomende geval dat een faillissementsakkoord wordt bereikt.

⁵² Anders De Savornin Lohman, die ervan uitgaat dat het auteursrecht uiteindelijk aan de aandeelhouders ten goede zou komen. Zie: De Savornin Lohman 1988, a.w. noot 43, p. 900.

⁵³ Aldus ook Maeijer 1990, a.w. noot 41, p. 354. Vergelijk ook: J.H. Spoor, 'Onzekere zekerheid en lastig beslag,' *BIE* 1990, p. 362. Anders: Thole 1991, a.w. noot 30, p. 187. Zij gaat ervan uit dat bij het niet meewerken met de curator al nagenoeg bij voorbaat gesproken kan worden van misbruik van recht.

⁵⁴ Aldus kortweg ook: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 443. Tegenstrijdig met deze conclusie is: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 365. Daar wordt juist zonder nadere onderbouwing betoogd dat een ruime uitleg van het beslagverbod ertoe zou leiden dat

6.6.3 De softwarelicentie in faillissement

Voor de rest van deze paragraaf wordt ervan uitgegaan dat het auteursrecht op de software in de faillissementsboedel valt. Hierdoor wordt de vraag actueel of de curator de licenties die door de failliet zijn verleend heeft te respecteren. De beantwoording van deze vraag speelt zich af rond art. 37 Fw. In deze bepaling worden de gevolgen van een faillissement voor een reeds voor het faillissement gesloten overeenkomst geregeld. Geleerd wordt dat in beginsel de overeenkomst intact blijft zoals deze voor het faillissement gesloten was. Als er echter sprake is van een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij nog niet of nog maar gedeeltelijk is nagekomen, dan bestaat voor de wederpartij de mogelijkheid om de curator te laten zeggen of hij het contract gestand zal doen. Dit zal de curator niet mogen doen als hij verwacht dat een wanprestatie van zijn kant ten behoeve van gezamenlijke schuldeisers een optimale opbrengst zal genereren.⁵⁵ In dat geval is het aan de wederpartij om te ontbinden of op te schorten. De vorderingen van de wederpartij tot schadevergoeding of nakoming zullen ter verificatie moeten worden ingediend.

Uitgaande van deze plicht van de curator tot wanprestatie is er geen reden om in het algemeen aan te nemen dat welke duurovereenkomst dan ook, inclusief die waarbij de failliet slechts een verplichting tot dulden had, veilig is te achten voor het faillissement.⁵⁶ Het veelbesproken Nebula-arrest is in deze richtinggevend.⁵⁷ In dat arrest hoefde de curator een huurcontract van de gebruiker van een in de boedel vallend pand niet te respecteren.⁵⁸ Doorslaggevend voor deze uitkomst achtte de Hoge Raad het paritasbeginsel, dat ook moet worden gerespecteerd in het geval dat de curator ten opzichte van de wederpartij alleen een verplichting heeft te dulden. Voor een uitzondering is alleen plaats 'in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen.' Wat verder nog tegen het aannemen van een uitzondering pleit is, aldus de Hoge Raad, dat die langlopende overeenkomsten een goed beheer ten behoeve van de schuldeisers van de zaken die in de boedel vallen in ernstige mate zouden bemoeilijken.⁵⁹ In de literatuur is de licentieovereenkomst langs deze lat gelegd. De eensluidende conclusie is – terecht – dat de (auteursrechtelijke) licentieovereenkomst, wettelijk niet of nauwelijks geregeld, niet onder de uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk

'de toevalligheid van een faillissement van de maker van de software de gebruiker-licentienemer al gauw op ernstige en onevenredige wijze in de kou zou zetten.'

⁵⁵ Vergelijk Verstijlen in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117; Wessels 2009, a.w. noot 5, nr. 2491g.

⁵⁶ Verstijlen 2006, a.w. noot 55, p. 121-122.

⁵⁷ HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Nebula).

⁵⁸ De vraag of de huurders in dat arrest een beroep konden doen op huurbescherming speelde niet omdat de huurders niet van de failliete juridische eigenaar, maar van een economische eigenaar huurden.

⁵⁹ HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Nebula), r.o. 3.5.

geregelde gevallen kan worden geschaard.⁶⁰ De daarvóór regelmatig verdedigde opvatting, dat de curator de licentienemer met rust heeft te laten,⁶¹ dient dus te worden verworpen.

In concreto heeft dit tot gevolg dat de curator de wanprestatie hard kan maken door het de wederpartij tijdens het faillissement te verbieden gebruik te maken van de bevoegdheden die uit de licentie voortvloeien. Daarmee maakt de curator overigens geen eind aan de overeenkomst: hij pleegt alleen wanprestatie. Het is aan de wederpartij om vervolgens de overeenkomst eventueel te ontbinden.

Hiervan uitgaande kunnen we onze blik weer wenden tot de drie casus die in dit stuk tot illustratie van de problematiek van de hoofdvragen dienen. Ervan uitgaande dat 'de' licentieovereenkomst' er één is die onder de werking valt van art. 37 Fw, moet de vraag voor de onderscheiden gevallen worden beantwoord of er sprake is van een licentieovereenkomst die door zowel de schuldenaar als door de wederpartij al dan niet 'nog niet volledig' is nagekomen. Verder wordt ingegaan of speciaal voor de softwarelicentie iets anders zou dienen te gelden dan voor de licentie in het algemeen, gezien de Europese achtergrond van de softwarerichtlijn.

6.6.4 Huursoftware

Bij de eerste casus werd aan drie partijen een licentie verleend, waarbij de gebruiker tegen periodieke betaling het recht kreeg de software te huren.

Als de licentiegever failliet gaat, dan is er een door beide zijden nog niet geheel nagekomen overeenkomst ex art. 37 Fw. Deze zou immers zonder het faillissement kunnen voortduren, waarbij de huurder de huurpenningen had moeten doorbetalen en de licentiegever het genot van de software gedurende de looptijd van de huurovereenkomst had moeten blijven verschaffen.⁶² Er is dan sprake van een situatie waarbij de curator mag wanpresteren en dat moet indien dat de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers maximeert.

Het feit dat de overeenkomst hier moet worden gekwalificeerd als een huur-overeenkomst doet naar mijn mening aan het bovenstaande niet af. Noch een verwijzing naar te beschermen huurderbelangen, noch de regel 'vervreemding breekt geen huur' van art. 7:226 lid 2 BW biedt daarvoor een dragende grond. Huurderbelangen spelen met name bij woonobjecten, waarvoor de wetgever allerlei beschermende maatregelen heeft genomen. Andere huurobjecten zoals

⁶⁰ Zie, met verwijzing naar verdere literatuur: Wessels 2009, a.w. noot 6, nr. 2586.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld: H.J. Bodifée, 'Faillissement en licentie,' *TvI* 1997, p. 176; Thole 1991, a.w. noot 30, p. 240, waarover reeds kritisch: Quaadvlieg, 'Boekbespreking,' *AMI* 1992, p. 119 Vermelding verdient ook Slager e.a. 1990, a.w. noot 37, p. 46-47, die de problematiek van de doorkruising van licentierechten door faillissement, in het licht van het toen geldende recht, scherp op het netvlies hebben, zij het zonder dat 'harde' conclusies worden getrokken ter zake van de praktijk betreffende de source code escrow.

⁶² Zie over het duurkarakter van overeenkomsten in dit verband Wessels 2009, a.w. noot 6, nr. 2491.

roerende zaken en (het auteursrecht op) software kennen een dergelijke bescherming niet. Weliswaar geeft art. 7:226 lid 2 BW ook hier de huurrechten een semi-goederenrechtelijk tintje, maar anders dan bij de bovengenoemde objecten is deze regel van regelend recht. Het ligt derhalve in de macht van de verhuurder of er sprake is van derdenwerking of niet. Hiermee is het absolute karakter van het huurrecht bij deze rechtsobjecten, anders dan bij bijvoorbeeld te huren woningen, geen wezenskenmerk. Ik zou wat verder willen gaan dan Verstijlen en willen betogen dat ook naar geldend recht en niet alleen naar wenselijk eventueel komend recht dit type huurovereenkomsten de huurder niet in een bijzondere in faillissement te beschermen positie brengt.⁶³

Respecteert de curator de licenties, dan komen de licentieopbrengsten binnen. Gezien art. 7:226 lid 2 BW kan hij niet het auteursrecht zonder de daaraan hangende licentieovereenkomsten verkopen en overdragen.⁶⁴ Dit kan per saldo leiden tot een minder grote opbrengst.

Door wanprestatie te plegen en daardoor de verkrijger gedurende het faillissement af te sluiten van de software, maakt de curator op zich geen einde aan de gebruikslicentieovereenkomst.⁶⁵ Als de curator het auteursrecht op de software doorverkoopt zou de licentienemer zich tegenover de nieuwe auteursrechthebber ook op het standpunt kunnen stellen dat de koop geen huur breekt – die regel geldt hier net zo goed. In principe was de uitoefening van de rechten die hij ontleende aan de overeenkomst immers alleen geblokkeerd, en niet verdwenen. Maar praktisch gesproken zal een gebruiker van een softwareproduct zo veel belang hebben bij het doorlopende gebruik van de software dat hij de softwareloze periode niet zal afwachten. Hij zal ofwel de curator aan een gemaximeerde opbrengst helpen om alsnog aan bereidwilligheid zijdens de curator te komen ofwel definitief stoppen met het gebruik van deze software en uitzien naar een nieuwe softwareleverancier.

De Europese softwarerichtlijn heeft als ratio, zoals we hebben gezien, een belangenevenwicht tussen de rechthebbende van de software en de verkrijger die van de software gebruik wenst te maken. In deze casus zie ik geen spanning tussen deze ratio en de uitkomst naar Nederlands recht, hoezeer ook de curator in een sterke onderhandelingspositie zit. Maar deze curator zit er dan ook om de belangen van alle schuldeisers te behartigen.

6.6.5 Koopsoftware

Bij de verkoopcasus werd tegen een eindprijs een definitieve gebruikslicentie verleend. Is hier een overeenkomst door beide partijen ‘nog niet volledig’ is

⁶³ Vgl. Verstijlen 2006, a.w. noot 55, p. 118-119.

⁶⁴ Vergelijk evenwel de opmerking over de eventueel mogelijke opzeggingsbevoegdheid van de opvolgende verhuurder in de vorige paragraaf onder huursoftware, laatste alinea.

⁶⁵ Vergelijk D. Wille en H.W. Roerdink in: C.P.R.M. Dekker e.a., *Praktijkboek insolventierecht* 6, *Capita selecta insoventierecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 67.

nagekomen? Lenselink heeft de categorie ‘eenmalig afbetaalde’ licenties als zodanig aangeduid en deze veilig geacht in faillissement.⁶⁶ Daarvoor spreekt dat de licentie in één keer, definitief is verleend en betaald. Blijft er dan nog een overeenkomst over? Is dat niet net zoiets als het verkopen van een exemplaar van een boek? Juist hier stuiten we weer op het gecompliceerde karakter van de softwareproblematiek.

Net als bij de verkoop van een boek wordt er een eenmalige transactie verricht. In de praktijk is het goed denkbaar dat de softwareverschaffer en de softwareverkrijger elkaar helemaal niet in het oog houden nadat de software verleend is. Zeker bij massaal op de markt gebrachte standaardsoftwareproducten kan dat het geval zijn.⁶⁷ Onze casus is aanzienlijk overzichtelijker met de drie verkrijgers, maar ook daar geldt dat de verkrijgende partij zich op het standpunt zal stellen dat hij definitief heeft verkregen waar hij volledig voor heeft betaald. Dit rechtvaardigt ook de kwalificatie van de overeenkomst tot de verkrijging van dit type softwarelicentie als een koopovereenkomst.

Hier doen zich weer de in paragraaf 6.3 beschreven verschillende opvattingen over art. 45j Aw voelen. Ziet men in deze bepaling een wettelijke exceptie, dan ontspringt de verkrijger als eigenaar van het software-exemplaar de dans (in ieder geval binnen de door dat artikel aangegeven grenzen). In de verbintenisrechtelijke theorie, die ik hierboven heb verdedigd, ligt het evenwel anders. Hier is de transactie niet met die van de verkoop van een boek te vergelijken. De auteur en de verkrijger bevinden zich hier in een relatie die zich gezien art. 45i en 45j Aw moet laten kwalificeren als een *verbintenisrechtelijke* licentierelatie. Daarbij staat aan de ene kant de auteur, die – definitief de gebruikslicentie verleend hebbende – voor altijd het genot van de software door de verkrijger moet dulden. Aan de andere kant staat de verkrijger, die voor niet meer dan het in art. 45j Aw genoemde ‘beoogde doel’ de software mag gebruiken. Er bestaat geen grondslag om deze rechtsrelatie van de partijen te abstraheren en aan te duiden als een goederenrechtelijke relatie. De verkrijger komt verbintenisrechtelijk niet los van de licentiegever, ook al zijn de koopverbintenissen al lang vervuld en is er alleen maar een kale verbintenisrechtelijke licentierelatie overgebleven. De licentiegever en de verkrijger hebben deze relatie mogelijk helemaal uit het oog verloren maar de curator kan het auteursrecht onbezwaard executeren met het oog op de door hem te realiseren maximale opbrengst van de boedel. Voor de verkrijger (B) van het auteursrecht is dat in de casus die hierboven geschetst is

⁶⁶ Lenselink 2008, a.w. noot 6, p. 30, met verwijzing naar: D.M. Wille, *Praktijkboek curatoren*. B. 18 De curator en intellectuele eigendom, Deventer: Kluwer 2000, p. 28. In de latere druk is daar echter aan toegevoegd dat gezien het Nebula-arrest de curator wel de bevoegdheid heeft ‘actief’ te wanpresteren. Zie: Wille en Roerdink 2007, a.w. noot 65, p. 67.

⁶⁷ Het kan anders zijn: zo kan men zich melden bij de rechthebbende, bijvoorbeeld om gebruik te kunnen maken van herstellpatches van de software. Maar dan geldt ook dat wanneer de laatste patch is verschenen de partijen niets meer met elkaar te maken (hoeven te) hebben.

zinnig: de drie licentienemers (T, U en V) moeten te achterhalen zijn zodat hij zijn doel, het aan W exclusief licentiëren van de software, kan bereiken.⁶⁸

Anders dan bij de casus betreffende de huursoftware doet zich hier wel degelijk spanning voelen met de ratio van de softwareregeling. Waar de software-regeling mede is ingericht met het oog op het belang van de verkrijger, om blijvend gebruik te mogen maken van de software of deze door te mogen verkopen, kan hier een plotseling einde komen aan de licentie. Voor de derde keer gebruik ik het beeld van de kameleon. De Europese softwareregeling heeft wederom een vermogensrechtelijk softwareaspect ongeregeld gelaten. Nu neemt de kooplicentie door de werking van het Nederlandse faillissementsrecht de kleur aan van een door de curator af te breken recht. Gezien de ratio van de softwareregeling is het onwenselijk dat de software van de koper van software in deze gevarenzone ligt, maar wederom is het ontbreken van een fatsoenlijke nationale regeling van de vermogensrechtelijke aspecten van de licentie in het algemeen en de softwarelicentie in het bijzonder debet aan deze uitkomst. We zagen reeds dat de software-regeling in het Duitse recht voor de verkrijger van software in veel opzichten gunstiger uitpakt. Hierop zal ik in paragraaf 6.6.7, aan de hand van een interessante uitspraak van het BGH, terugkomen.

6.6.6 Automatisering met source code escrow

De automatiseringsovereenkomst is in casu typisch een overeenkomst in de zin van art. 37 Fw. Als de curator niet meewerkt, kan de softwareverkrijger geen recht doen gelden op het (verder) ontwikkelen of onderhouden van de software. Wél krijgt hij gezien de escrow-constructie de beschikking over een actueel exemplaar van de broncode. Gezien de goederenrechtelijke constructie die aan de escrow ten grondslag ligt, kan de curator de eigendomsverkrijging van het exemplaar niet verhinderen.

We zagen in de vorige paragraaf dat de licentie die de verkrijger heeft om van de (meest actuele versie van) de software gebruik te mogen blijven maken de zwakke schakel is in de constructie van de software-escrow. Deze escrow is immers gebaseerd op de vooronderstelling dat de softwarelicentie derdenwerking heeft en faillissementsbestendig is. Het eerste lek in de constructie bleek in de vorige paragraaf, toen bleek dat de licentie derdenwerking ontbeert. Hier kan in aansluiting op de situatie bij koopsoftware ook worden geconstateerd dat, indien althans het auteursrecht op de software binnen het faillissement valt, de curator over het auteursrecht kan beschikken en een derde onbezwaard van het auteursrecht gebruik kan laten maken. Daaruit vloeit voort dat de verkrijger dan wel op deugdelijke goederenrechtelijke gronden een elektronisch exemplaar van de broncode verkrijgt, maar dat hem het gebruik van de programmatuur uit de

⁶⁸ Het zal praktisch ondoenlijk zijn ook verkrijgers van massaal voor een betrekkelijk lage prijs verkochte standaardsoftware te achterhalen en hun gebruik stop te zetten. Gelukkig maar.

handen kan glippen. Valt het auteursrecht buiten het faillissement, dan kan het goed aflopen voor de verkrijger, maar dan moet hij afwachten of het auteursrecht met rust gelaten wordt. De software-escrow is op deze manier op drijfzand gebouwd.

6.6.7 Duitsland

Het probleem van de eventuele onhoudbaarheid van de softwarelicentie in faillissement is in Duitsland veel pregnanter naar voren gebracht. Met veel pathos spreekt Paulus van een 'Horrorscenario.' Stel je toch eens voor, aldus Paulus, dat banken, verzekeraars en vergelijkbare ondernemingen door het faillissement van de softwareproducent ook maar een dag geen gebruik meer mogen maken van hun software. Zulke bedrijven kunnen daardoor 'pleite' gaan. Hij roept vervolgens uit: 'Unsere Wirtschaft hängt am Tropf des Computers!'⁶⁹

Gezien de absoluutrechtelijke aard van het Nutzungsrecht in de Duitse dogmatiek loopt het allemaal zo'n vaart niet. De uitspraak van het Duitse BGH van 17 november 2005 kan dit prima illustreren.⁷⁰ De casus lijkt (niet toevallig) op wat hiervoor als casus 3 werd aangeduid. Hier was dus sprake van een softwareleverancier die software ontwikkelt en doorontwikkelt voor de afnemer. De automatiseringsrelatie tussen leverancier en afnemer werd als 'Lizenzvertrag' aangeduid. Deze duurovereenkomst werd ingevolge art. 103/108 InsO door de curator opgezegd. Maar kwam daardoor ook een einde aan het recht om de laatste versie van de software te gebruiken? De curator stelde zich op dat standpunt. Zijn positie hield in dat de afnemer weliswaar bij het afkopen van de eerste versie van de ontwikkelde software (zeg: versie 1.0) een Nutzungsrecht heeft verkregen, maar niet voor de doorontwikkelde software (zeg: versie 8.0). Het auteursrecht op deze geavanceerde software wenst de curator nu onbezwaard te verkopen. De afnemer claimt daarentegen dat hij reeds 'Insolvenzfest' over een Nutzungsrecht voor de laatste versie beschikt. In het Lizenzvertrag is namelijk opgenomen dat onder opschortende voorwaarde van de opzegging van het Lizenzvertrag ('aufschiebend bedingt') de laatste, meest actuele versie van de broncode van de software wordt verschaft inclusief het Nutzungsrecht om de software te mogen gebruiken. Het BGH geeft de afnemer gelijk: 'Im vorliegenden Fall will die Beklagte indes nicht schuldrechtliche Ansprüche gegen die Masse durchsetzen. Vielmehr beruft sie sich auf einen dinglichen Rechtsübergang, der bereits vor Insolvenzeröffnung – wenngleich aufschiebend bedingt – stattgefunden hat. Diese Wirkung wurde von der Insolvenzeröffnung nicht berührt.' De werking waarover het BGH het heeft, is vergelijkbaar met die van ons in art. 3:84 lid 4 BW (overdracht onder voorwaarde).

Bij de Duitse wetgever zit de schrik er kennelijk er goed in. In het meest recente voorstel voor het op de schop nemen van het Insolvenzrecht is een (nogal

⁶⁹ C. Paulus, 'Software in Vollstreckung und Insolvenz,' ZIP 1996, p. 6.

⁷⁰ www.lexetius.com/2005,2990.

overdreven overkomende) bepaling opgenomen die de licentienemer beschermt, zelfs in het geval dat partijen geen absoluut Nutzungsrecht hebben gevestigd, maar in een (zelfverkozen) puur verbintenisrechtelijke relatie staan.⁷¹ Het moge duidelijk zijn dat de Duitse wetgever op dit punt een proactievere houding heeft dan de Nederlandse.

6.7 Alternatieve mogelijkheden

We hebben gezien dat de softwarelicentie voor de verkrijger van software een kwetsbaar recht is. Kan de softwareverkrijger zich nu in een positie manoeuvreren dat zijn gebruik veilig is voor derden en curators? Hieronder worden drie mogelijke alternatieven besproken: het kettingbeding, de overdracht van het auteursrecht en het verlenen van een recht van vruchtgebruik.

6.7.1 Kettingbeding/Afstand van recht

Bij definitief verleende licenties uit hoofde van koop (vgl. casus 2) of automatiseringsovereenkomst (vgl. casus 3) zou een kettingbeding ervoor kunnen zorgen dat een opvolgende auteursrechthebbende de licentie van de verkrijger moet respecteren. Dit geeft bij faillissement echter geen oplossing, omdat de curator ervoor moet kiezen dit beding niet te respecteren als dat beter is voor de gezamenlijke schuldeisers. Ook een met een kettingbeding aangeklede softwarelicentie is dus als verbintenisrechtelijke constructie in faillissement niet veilig.

Ook de rechtsfiguur ‘afstand van recht’ biedt mijns inziens geen oplossing. Bij de verkoop van (vooral massaal op de markt gebrachte) softwarepakketten wordt er wel van gesproken dat er door de leverancier ‘afstand van recht’ wordt gedaan. In koop-achtige situaties zou dit erop neerkomen dat de leverancier door de kooptransactie niet meer op zijn in beginsel aanwezige auteursrecht terug mag komen. Mogelijk is deze gedachte gebaseerd op de uitspraak van de Europese commissie bij het oorspronkelijke voorstel van de Softwarerichtlijn:

‘Bij een “verkoop” in de normale betekenis van het woord moeten bepaalde rechten om het programma te gebruiken worden geacht te zamen met het materiële exemplaar van het programma aan de koper te worden overgedragen.’⁷²

Naar mijn mening wordt hier over de verkoop niet meer gezegd dan dat wanneer een koper rechtmatig een softwarepakket aanschafft hem daarbij impliciet een licentie wordt verleend om van de software gebruik te mogen maken (waarvan

⁷¹ Zie daarover kritisch: S. Mitlehner, ‘§ 108a InsO RegE – Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kraft Gesetzes?’ *ZIP* 2008, p. 450.

⁷² Toelichting bij het richtlijnvoorstel, paragraaf 3.5 (*Pb EG* 1989, C 91/7).

de omvang door art. 45j Aw wordt bepaald). Afstand van recht betekent in dat geval niets anders dan impliciete licentieverlening. Voor de kwalificatie van de licentie als vorderingsrecht (en daarmee de derdenwerking dan wel de houdbaarheid in faillissement) maakt het niet uit of deze impliciet dan wel expliciet is verleend.⁷³

6.7.2 Het overdragen van (schijfjes) auteursrecht

Kemna heeft in een vroege publicatie omtrent de software escrow een suggestie van Verkade weergegeven, te weten het overdragen van het auteursrecht als oplossing van het escrow-probleem.⁷⁴ In de analyse van Thole wordt de ‘mogelijkheid Verkade’ aldus opgevat dat op één moment alle verkrijgers van de software het volledige auteursrecht overgedragen krijgen, zodanig dat zij gemeenschappelijk rechthebbende op het auteursrecht op de software worden.⁷⁵ In onze casus 3 zou dit betekenen dat V en W gezamenlijk auteursrechthebbende zouden worden van het auteursrecht op de broncode. Thole acht deze constructie niet nodig, omdat bij de escrow-constructie de eigendomsverkrijging van de drager met de broncode tevens een gebruikslicentie ten aanzien van de broncode zou impliceren, voor zover bij het gebruik van de broncode al een licentie nodig is. Voorts acht zij haar minder wenselijk: de verkrijgers zullen er toch niet op zitten te wachten dat ze zich, zonder iets met elkaar te maken te hebben, in een juridische gemeenschap bevinden. Verder kunnen latere verkrijgers dan geen auteursrechtelijke bevoegdheden op de broncode meer krijgen, omdat de leverancier al volledig over dit deel van het auteursrecht heeft beschikt.⁷⁶

Met deze constructie wordt beoogd het (nog) zeker(der) te stellen dat de verkrijger uiteindelijk van de broncode gebruik mag maken. We zagen dat de gebruikslicenties in onze casus juist betrekking hebben op het mogen benutten van het programma zelf. We zagen de problemen opdoemen nu de stilzwijgende vooronderstellingen dat deze gebruikslicenties derdenwerking hebben en moeten worden geduld door de curator, onjuist bleken te zijn. Misschien hebben V en W dan wel alle recht om de broncode te gebruiken, maar zonder het recht om het programma zelf te gebruiken komen ze niet ver.

Het volledig overdragen van het auteursrecht op de software is natuurlijk een optie, maar de praktijk van de source code escrow is nu juist ontstaan om partijen een oplossing te bieden terwijl de leverancier het auteursrecht op de

⁷³ Conform de derde betekenis die aan deze term wordt gehecht in Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 553. Zie verder: E.D.C Neppelenbroek: ‘Over de verkrijger van software en over het neerhalen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht,’ te verschijnen [hier hoofdstuk 2].

⁷⁴ A.M. Ch. Kemna, *Source code depot*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 82 voetnoot 50.

⁷⁵ Thole 1991, a.w. noot 30, p. 215.

⁷⁶ Thole 1991, a.w. noot 30, p. 215-216.

software zelf houdt. De bezwaren die Thole heeft opgeworpen gelden hier, mutatis mutandis, ook.

Een wel doeltreffende mogelijkheid is de *gedeeltelijke* overdracht van het auteursrecht.⁷⁷ Stel dat de verkrijger een gebruikslicentie verkrijgt in het kader van de in casus 3 beschreven automatiseringsrelatie. Partijen spreken nu af 1) dat een actueel exemplaar van de broncode wordt bijgehouden bij de derde, 2) dat de eigendom van het meest actuele exemplaar onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen in het geval van het trigger-event (niet-nakoming door de leverancier van het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de software) en 3) dat dan ook het auteursrecht op de software ter zake van het gebruik *door deze verkrijger* inclusief de gerechtigdheid tot onderhoud met behulp van de broncode onder opschortende voorwaarde wordt overgedragen. Als deze methode succes zou hebben, dan zou in het geval van verdere overdracht of faillissement het gebruik van de verkrijger dubbel zijn gedekt: de feitelijke mogelijkheid tot gebruik van de broncode door de verkrijging van het exemplaar met de broncode en de juridische mogelijkheid om de programmatuur te mogen blijven gebruiken en onderhouden en doorontwikkelen door het voor de verkrijger op maat gesneden en overgedragen auteursrecht.

Hier betreden we wel een beetje *terra incognita*. Er bestaan allerlei mogelijkheden om het auteursrecht op te splitsen, maar of dat eindeloos kan is de vraag.⁷⁸ Ik zie hier drie problemen, waarvan de eerste twee praktisch van aard zijn, en de laatste principieel.

De eerste moeilijkheid is dat de gedeeltelijke overdracht aan het vormver-eiste van de akte zal moeten voldoen (art. 2 Aw). Dit probleem is uiteraard overkoombaar in het geval zoals in casus 3, waarbij de licentie toch al is ingebed in uitgebreid automatiseringscontract. Bij kooplicenties valt echter minder snel te verwachten dat partijen de moeite zullen nemen om een akte vervaardigen, en zeker niet bij massaal op de markt gebrachte softwareproducten. In wat meer overzichtelijke situaties zou deze mogelijkheid voor verkrijgers als vermogensrechtelijke versterking van hun positie mogelijk wel aantrekkelijk zijn.

Het tweede probleem is hoe de gedeeltelijke overdracht precies te formuleren. Gaat het om de 'overdracht van het auteursrecht op software X, laatste versie, onder opschortende voorwaarde van nietnakoming door de leverancier van de automatiseringsovereenkomst, ter zake van het verveelvoudigingsrecht ex art. 45i Aw ten einde softwareproduct X, laatste versie, te gebruiken en met behulp van de broncode verder te onderhouden voor bedrijf V?' Maar wat als V verhuist of het auteursrecht wil overdragen aan een ander bedrijf? Degenen die de

⁷⁷ Vergelijk: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 2, p. 430 en: E.D.C. Neppelenbroek, 'Overdracht van auteursrecht. Opsplitsen ten titel van beheer,' in: G.T. de Jong e.a. (red.): *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 125-135.

⁷⁸ Lenselink 2005, a.w. noot 4, p. 486 e.v.; H.L. de Beaufort, *Auteursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932, p. 35-36.

akte opmaken moeten precisie en een zekere slimheid betrachten bij het formuleren, zodat te veel noch te weinig wordt overgedragen.

Het derde probleem is principieel. Zoals uit de vorige alinea blijkt gaat het bij de hier besproken overdrachten om het afsnijden van werkelijk zeer dunne plakjes auteursrecht. In het algemeen worden geen grenzen aangegeven aan de splitsbaarheid van het auteursrecht. Toch ontstaat uit goederenrechtelijk perspectief uiteindelijk een keer spanning met het beginsel van de *numerus clausus* (gezien het verlies van overzicht over de verschillende splitsingsmogelijkheden) en dat van publiciteit (gezien de onachterhaalbaarheid van verleende rechten). Moet splitsing niet beperkt blijven tot gekende en in de praktijk aanvaarde vormen? Het punt dat Lenselink maakt hangt hiermee samen, namelijk dat afsplitsing niet meer mogelijk zou moeten zijn daar waar deze de grens overschrijdt van hetgeen het auteursrecht beoogt mogelijk te maken (bijvoorbeeld in verband met de auteursrechtelijke uitputtingsregel).⁷⁹ Men zou hier, alhoewel de analyse anders is, een vergelijking kunnen maken met wat Struycken het substractie-principe heeft genoemd, in de zin dat hier meer uit het auteursrecht zou worden gehaald dan er in zit.⁸⁰

Ik pleit ervoor deze constructie mogelijk te achten. De mogelijkheid om schijfjes auteursrecht te verschaffen voorziet in het vullen van een leemte ter zake van goederenrechtelijke zekerheid voor de gebruiker van definitief per licentie verkregen software bij faillissement, derdenwerking en software escrow. Naar resultaat wordt hier bereikt wat langs een wat natuurlijker weg bereikt wordt in het Duitse recht. Daar is het immers mogelijk om niet-exclusieve, absoluut werkende *Nutzungsrechte* te verlenen voor het gebruik van software. Daarbij wordt hetgeen in het *Nutzungsrecht* kan zitten wel door een zekere negatieve vormdwang beheerst: partijen kunnen niet alles met goederenrechtelijk effect in het *Nutzungsrecht* stoppen. De grens wordt van geval tot geval bepaald. In het algemeen geldt: 'Gegenständliche Nutzungsrechte sind nur für nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende Nutzungsarten zulässig.'⁸¹ Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat in Duitsland het in het algemeen niet mogelijk wordt geacht *in een Nutzungsrecht* het gebruik te beperken tot één aangewezen computer.⁸² Met het oog op de voor software geldende uitputtingsregel, ontbeert een beperking in deze vorm naar mijn mening ook voor het Nederlandse recht goederenrechtelijke werking.⁸³

⁷⁹ Lenselink 2005, a.w. noot 4, p. 487.

⁸⁰ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 401 e.v.

⁸¹ Schricker/Loewenheim 2010, a.w. noot 23, p. 592.

⁸² Zie: BGH 6 juli 2000, lexetius.com/2000,1754 (OEM-version), waarover: Dreier/Schulze 2006, a.w. noot 24, p. 897-898; Schricker/Loewenheim 2010, a.w. noot 23, p. 1353-1354. Wel zijn, met inachtneming van de dwingende kern van gebruikersrechten, obligatoir werkende beperkingen toegestaan. Zie ook: BGH 24 oktober 2002, lexetius.com/2002,3143 (CPU-Klausel).

⁸³ Neppelenbroek AMI 2006, a.w. noot 2, p. 117.

6.7.3 Het vestigen van een recht op vruchtgebruik

Als alternatief voor het gedeeltelijk afsplitsen van het auteursrecht met het oog op het gebruik, onderhoud en verdere ontwikkeling van de software door een verkrijger zou men kunnen overwegen een recht van vruchtgebruik te vestigen.⁸⁴ Veel lijkt die mogelijkheid niet toe te voegen. Gezien art. 3:98 BW jo. art. 2 Aw zal de vestiging ervan een akte vergen en ook hier zouden dezelfde formuleringproblemen ontstaan als die welke in de vorige subparagraaf werden gesignaleerd voor de gedeeltelijke overdracht.

Lenselink heeft aandacht gevestigd op de exclusieve aard van het recht van vruchtgebruik. Deze zou ertoe leiden dat goederenrechtelijk versterkte niet-exclusieve gebruiksrechten niet met behulp van het instrument van de vruchtgebruik mogelijk zouden kunnen worden gemaakt. Hier vindt inderdaad een merkwaardige botsing plaats tussen een instrument – het beperkte recht – uit het ‘gemene’ goederenrecht, geïmplementeerd in het auteursrecht. In het gemene recht is onsplitsbaarheid van het recht en het object het uitgangspunt.⁸⁵ In het auteursrecht is dat juist de splitsbaarheid, mede gezien de ubiquiteit van het rechtsobject.

Maakt dit het gebruik van het recht van vruchtgebruik bij software onmogelijk? Ik houd het erop dat men de aard van het recht van vruchtgebruik verandert als men dit instrument inzet voor niet-exclusieve gebruiksrechten. Aangezien dit niet veel zou toevoegen aan de – voor ons auteursrecht meer natuurlijk aanvoelende – gedeeltelijke overdracht, beveel ik de poging niet aan.

6.7.4 Wettelijke aanpassingen

De positie van de verkrijger van software is met vele onzekerheden omgeven. Het valt buiten de reikwijdte van deze bijdrage om voor te schrijven dat en hoe de wet zou moeten worden aangepast om de problemen te lijf te gaan. Aanpassingen die er specifiek op zijn gericht om de problemen bij software op te lossen kunnen te smal zijn, omdat ook voor andere werken (denk aan muziek en films), ja misschien zelfs in het gehele IE-recht een algemene oplossing op zijn plaats zou zijn. Verder kan de oplossing van het ene probleem (bijvoorbeeld het verminderen van het bereik van het beslagverbod) het andere probleem oproepen (onveiligheid van licenties binnen faillissement).

Bij software werden de problemen vooral gesignaleerd in het geval dat een licentie wordt verleend. Dit vanwege het verbintenisrechtelijke karakter ervan. De optie van de overdracht van schijfjes auteursrecht is niet in alle gevallen een reële optie. Voor massaal in het verkeer gebrachte softwareproducten zal het

⁸⁴ J.R.L.A. Huydecoper, ‘De overgang van ondernemingen en de overgang van rechten uit licentieovereenkomsten,’ *AMI* 1992, p. 66; Lenselink 2005, a.w. noot 4, p. 198 e.v.

⁸⁵ Zie Struycken 2007, a.w. noot 80, vooral hoofdstuk 7.

formele vereiste van een akte voor de overdracht een te grote hinderpaal zijn. Hetzelfde geldt voor de systemen van licentieverlening die zich ontwikkelen met betrekking tot andere informatieproducten dan software, zoals muziek en films. Gesignaleerd wordt dat als het aan de commissie auteursrecht van de Tweede Kamer ligt, het gebruiksrecht van deze andere informatieproducten wordt gekoppeld aan een gebruikslicentie voor de inhoud en niet meer aan de eigendom van een exemplaar.⁸⁶

Er blijft dus ruimte voor wettelijke aanpassingen, die de – mede gezien de ratio van de softwareregeling gerechtvaardigde – gebruikersbelangen beter kunnen dienen.

6.8 Slot

In deze bijdrage zijn de gevolgen geanalyseerd van de overdracht van het auteursrecht door de leverancier en van diens faillissement voor een door deze leverancier verstrekte softwarelicentie. Het verbintenisrechtelijke karakter van de uit art. 45j Aw voortvloeiende gebruikslicentie brengt met zich dat de gebruikscontinuïteit voor de softwareverkrijger in gevaar kan komen. Dit probleem uit zich in het bijzonder bij de contractspraktijk aangaande software-escrow. De daar gehanteerde contractuele arrangementen zijn er juist op gericht om de gebruikscontinuïteit (en eventueel de verdere ontwikkeling) van de software te garanderen, ook als de leverancier uit beeld raakt na de overdracht van het auteursrecht of bij diens faillissement. Ook bij de kwalificatie van de gebruikslicentieovereenkomst als huur blijft de positie van de softwareverkrijger goederenrechtelijk kwetsbaar, niettegenstaande de regel van art. 7:226 BW ('koop breekt geen huur').

Er zijn verschillende mogelijkheden onderzocht om de softwareverkrijger in goederenrechtelijk veilig vaarwater te krijgen. Het meest effectief is de gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht, waarmee naar resultaat een goederenrechtelijk versterkt niet exclusief gebruiksrecht kan worden gerealiseerd. Bij de beschrijving van dit alternatief is het Duitse recht uitdrukkelijk als inspiratiebron gebruikt.

De gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht zal niet altijd een optimale oplossing zijn. Het belangrijkste praktische bezwaar is het akte-vereiste bij de levering van het auteursrecht. Zeker bij massaal verkochte standaardsoftware zal er niet met een akte worden gewerkt. De verkrijger moet het in dat geval hebben van een impliciete licentie ex art. 45j Aw, die als elke licentie een verbintenisrechtelijk karakter heeft, met alle onzekerheden van dien. Er bestaat dus ruimte om de softwareregeling te optimaliseren en de wetgever zou zich dit moeten

⁸⁶ Vergelijk het rapport A. Gerken e.a., *Auteursrechten. Een rapport*, Eindrapport Parlementaire Werkgroep Auteursrechten_tcm118-189136, gepresenteerd 17 juni 2009. Dit rapport is opgenomen in: *Kamerstukken II* 2009/10 29 838, nr. 19.

aantrekken bij een heroverweging van de vermogensrechtelijke aspecten van het auteursrecht in het algemeen en software in het bijzonder.

7. DE VERKRIJGING VAN DE EIGENDOM VAN ELEKTRONISCHE BESTANDEN OVER INTERNET¹

7.1 Inleiding

Consument B gaat naar de website van muzikaaanbieder A en haalt daar, tegen betaling, elektronische muziekbestanden met popsongs op.² X is auteursrecht-hebbende van de popliedjes en heeft A toestemming gegeven voor het op deze wijze exploiteren van zijn website. B legt deze muziekbestanden vast op de harde schijf van zijn computer en vervolgens op een cd-rom, zodat hij de bestanden naar believen kan afspelen op zijn cd-speler.

Wat gebeurt hier? Slechts weinig consumenten zullen geïnteresseerd zijn in hetgeen zich onder de oppervlakte van de ‘user interface’ aan technische processen plaatsheeft. B legt eenvoudigweg contact met het internet door het aanklikken van zijn browser. Is dat contact gelegd, dan toetst hij het internet-adres in van de muzikaaanbieder, waarna contact gelegd wordt met de homepage (*homepage*) van de muzikaaanbieder. B voert vervolgens de transactie-instructies op de website uit. Hij plaatst de muziekbestanden bijvoorbeeld op een bestellinglijst, voert de nodige (creditcard)gegevens in en klikt op een knop ‘opdracht uitvoeren’. De consument ontvangt de muziekbestanden op de harde schijf van zijn computer. Die muziekbestanden kopieert hij vervolgens op een cd-schijf. Onder deze oppervlakte wordt door het computersysteem van consument B met dat van muzikaaanbieder A gecommuniceerd en getransporteerd. Het computersysteem van B vraagt toegang tot het computersysteem van A en doet kopieën van de bestanden aanmaken. Die kopieën worden vervolgens door middel van een communicatieprotocol (voor internet het TCP/IP) over het netwerk verzonden via allerlei in het netwerk tussenliggende computers naar het computersysteem van A en op de harde schijf daarvan bijgeschreven.³

¹ Ik ben Eric Staas, die in Groningen is afgestudeerd op de prima scriptie ‘Downloaden tegen betaling als koopovereenkomst’ dank verschuldigd. Qua opzet heeft dit artikel iets weg van zijn studie, qua inhoud verschillen wij behoorlijk van mening. De scriptie is via de vakgroep privaatrecht en notarieel recht aan de RuG voor inzage beschikbaar. Ik dank voorts prof. F.M.J. Verstijlen voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

² Het legaal downloaden van liedjes neemt een steeds grotere vlucht (zie bijvoorbeeld: ‘Legaal downloaden muziek steeds populairder’ 18 juli 2005, <www.computable.nl/nieuws.htm?id=725712>. Zie voor een lijst van aanbieders van te downloaden muziek: <www.downloadwinkels.nl/list.php?cat=muziek>, beide pagina’s geraadpleegd op 3 februari 2006.

³ TCP/IP staat voor Transmission Control Protocol/Internet Protocol. De wijze waarop dit werkt wordt aldus omschreven ‘dat de gegevens waaruit de bestanden bestaan in pakketjes worden opgedeeld en afzonderlijk (eventueel via verschillende routes) worden verzonden.’ H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. XVII.

Een casus als deze ontmoet in de juridische literatuur veel aandacht. Dit is niet verwonderlijk. Het zal zonder twijfel steeds gebruikelijker worden dat de verkrijging van informatieproducten niet meer verloopt via de verschaffing van een losse drager, maar via computernetwerken als Internet. Vanuit auteursrechtelijk perspectief is er bijvoorbeeld veel aandacht voor het verschijnsel dat de verkrijger zich vaak niet zal melden bij een officiële website, maar via zogenoemde peer-to-peer netwerken de gewenste informatie gratis zal ophalen, of deze nu auteursrechtelijk beschermd is of niet.⁴

In deze bijdrage beoog ik enige privaatrechtelijke aspecten van een dergelijke ‘elektronische levering’ te behandelen. Deze aspecten draaien alle om de vraag: wordt hier een stoffelijke zaak in eigendom overgedragen? Deze goederenrechtelijke vraag komt als eerste aan de orde. Wordt hier een zaak van A aan B geleverd, of kan men in deze elektronische omgeving niet van een goederenrechtelijke levering of zelfs van stoffelijke zaken spreken? Het antwoord op deze vragen is bijvoorbeeld van belang voor de vraag of het zin heeft voor een aanbieder om een eigendomsvoorbehoud te bedingen of zonder toestemming opgehaalde bestanden te revindiceren. Deze vermogensrechtelijke gevolgen komen kort, puntsgewijs aan de orde.

Aan het eind zal ik enkele opmerkingen maken omtrent het gegeven dat uit een, zoals hier verdedigde, ‘stoffelijke’ benadering van gegevens, voortvloeit dat iedereen, maar dan ook iedereen die gegevens voor zichzelf op een eigen drager downloadt, eigenaar (in de zin van art. 5:1 BW) daarvan wordt. Ik zal hier de vraag stellen of en zo ja, in hoeverre het eigendomsrecht nog wel een belangrijke rol kan spelen in de elektronische omgeving.

Hieronder zal worden betoogd dat de voorstelling, als ware de elektronische verkrijging van digitale bestanden een eigendomsoverdracht, niet kan worden volgehouden. Het proces is veeleer te kenmerken als een keten van originele eigendomsverlies en -verkrijging. Over een elektronisch exemplaar als stoffelijke zaak kan alleen zinvol gesproken worden als van een drager waarvan de gegevens een onzelfstandig bestanddeel zijn. Dit betekent niet dat het proces van downloaden van digitale gegevens niet in hoge mate vergelijkbaar is met een eigendomsoverdracht.

7.2 ‘Materiële’ gegevens als bestanddeel van een zaak

De goederenrechtelijke problematiek valt in twee onderdelen uiteen. In de eerste plaats stelt zich de vraag: ‘Is een muziekbestand een stoffelijke zaak?’ De twee-

⁴ Zie bijvoorbeeld: J.B.M. Seignette, ‘Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk,’ AMI 2001 p. 29-34; Chr. Alberdingk Thijm, ‘Tussen droom en daad: peer-to-peer en privacy,’ P&i 2003 p. 105-112; M. de Koning en C.S. Mastenbroek, ‘Intellectuele eigendom en informaticarecht. Aanbieden van muziekfiles via internet door KaZaA geen inbreuk op auteursrecht,’ *JutD* 2004 p. 10-11.

de vraag, die alleen zin kan hebben als de eerste vraag bevestigend kan worden beantwoord, luidt: 'Is er in casu sprake van de overdracht van een zaak?'

Zonder enige twijfel is de drager waarop het muziekbestand wordt of zal kunnen worden vastgelegd een zaak in de zin van art. 3:2 BW. Dit geldt in onze casus voor de computer van A en B, alsmede de cd waarop B het muziekbestand vastlegt. Met de levering van een dergelijk medium kan dus de overdracht van een zaak worden bewerkstelligd. De 'hardware' is het probleem niet, over de muziekbestanden is een stevige discussie te voeren.

Om de discussie over de zaaskwaliteit van computergegevens te kunnen begrijpen en spraakverwarring te vermijden is het nuttig om enige termen goed uit elkaar te houden. Met de term *exemplaar* wordt aangeduid de drager, oftewel het medium waarop gegevens zijn vastgelegd.⁵ Een tradioneel (niet-elektronisch) boek als exemplaar bestaat bijvoorbeeld uit papier, lijm en inkt, samen tot één zaak verwerkt (art. 5:16 BW, zaaksvorming). Doordat de inkt niet lukraak op het papier is gedrukt, maar voor de lezer van het boek een zinvol geheel vormt bevat het exemplaar *gegevens* in schriftelijke vorm, die mogelijk voor de lezer *informatie* bevat. Voor zover de aldus vormgegeven inhoud van het boek (het verhaal, de gedichten) voldoet aan de auteursrechtelijke eisen zal dit geestesproduct worden aangemerkt als een auteursrechtelijk beschermd *werk*. In ons voorbeeld is het exemplaar van de digitale muziekbestanden die door A worden aangeboden diens computer, waarop deze muziekbestanden op de harde schijf (die zelf weer een bestanddeel is van de gehele computer) vastliggen. Wat er op die harde schijf vastligt zijn, zoals Verkade het uitdrukt, '*gegevensbepalende deeltjes*'. Een bijzonder fenomeen is de *multipliciteit* van de gegevensbepalende deeltjes. Men kan bij het exemplaar boek de inkt niet exact uit het boek kopiëren, transporteren en laten neerslaan in een blanco exemplaar van de ontvanger. Bij digitale muziekbestanden kan dat wel.

De term *gegevens* is dubbelzinnig en levert stof op voor discussie. Kleve identificeert gegevens met 'gegevensbepalende deeltjes'. Voor hem zijn gegevens (of, naar zijn mening een scherpere term, data): 'alle denkbare patronen die informatie kunnen bevatten,' waaronder ook elektromagnetische patronen op magneetbanden of -schijven. Deze patronen, aldus Kleve, zijn stoffelijk – anders kunnen we ze niet vastleggen, transporteren, et cetera.⁶

Franken verwijst voor een nadere bepaling van de term 'gegevens' naar een ander aanknopingspunt. Hij verwijst naar de auteursrechtelijke regeling over computerprogramma's, waar onder gegevens een immaterieel goed wordt ver-

⁵ Vergelijk de definitie van Spoor: 'Een *reproductie* is de lichamelijke vastlegging van een werk welke geschikt is om dat werk op enigerlei wijze middellijk of onmiddellijk zintuiglijk waarneembaar te maken. Het woord *exemplaar* is (...) nagenoeg synoniem met het woord *reproductie*, en heeft dus een ruimere betekenis dan in het spraakgebruik, waar men in de regel alleen min of meer hanteerbare zaken (boeken, grammofoonplaten) exemplaren zal noemen, i.t.t. bouwwerken of computergegevens.' Zie: J.H. Spoor, *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 50.

⁶ P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 59-60.

staan dat mogelijk voorwerp is van auteursrechtelijke bescherming. Hier wordt onder gegevens verstaan: potentieel interpreteerbare (en auteursrechtelijk beschermbare) informatie. Hieruit volgt dat een drager wel stoffelijk is, maar gegevens niet. Voor Franken zijn in onze casus dus niet de gegevensbepalende deeltjes, maar de popsongs de ‘gegevens’.⁷

Uit het bovenstaande blijkt dat over de term ‘gegevens’ zowel in materiële zin (‘gegevensbepalende deeltjes’) als in ideële zin (‘immaterieel object’) wordt gesproken. Waar het onderscheid door elkaar loopt, en in zoverre deel ik de kritiek van Kleve, is waar men de indruk wekt dat een immaterieel goed is opgeslagen op een drager of getransporteerd wordt, zoals soms in de literatuur lijkt te worden gesuggereerd.⁸ Alleen iets materieels, bijvoorbeeld een gegevensbepalend deeltje, kan worden opgeslagen of getransporteerd. Wat men wel kan zeggen is dat de ideële gegevens op een drager zijn belichaamd (namelijk *door* de vastgelegde gegevensbepalende deeltjes). Dat lijkt Kleve zo nu en dan uit het oog te verliezen.⁹ Ik zal hieronder kortweg spreken over materiële en ideële gegevens.

Ideële gegevens zijn geen zaken, maar immateriële producten die mogelijk in de sfeer van het intellectuele eigendomsrecht zijn beschermd. In onze casus zijn de popsongs bijvoorbeeld auteursrechtelijk beschermde werken.

De vraag of materiële gegevens zaken zijn in de zin van art. 3:2 BW, is minder eenvoudig te beantwoorden. Kleve heeft naar mijn mening gelijk als hij zegt dat de materiële gegevens (het magnetische materiaal) stoffelijk zijn, net zoals inktpatronen in een boek. Hij concludeert daaruit echter – naar mijn mening onterecht – dat die materiële gegevens afgezien van de drager een zelfstan-

⁷ Franken in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen & A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 43. Vergelijkbaar: H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 22; E.P.M. Thole, ‘De juridische kwalificatie van de aanschaf van software,’ in: H. Struik e.a., *10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samsom bedrijfsinformatie 1996, p. 36.

⁸ Als Franken (a.w. noot 7, p. 43) bijvoorbeeld zegt dat ‘gegevens multiple beschikbaar zijn,’ doelt hij dan op materiële of ideële gegevens? Als hij het hier over ideële gegevens heeft vertelt hij niets nieuws: in het auteursrecht bijvoorbeeld wordt de ubiquiteit van het auteursrechtelijke object benadrukt. Zie voor diepzinnige beschouwingen daaromtrent: F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat. Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986, p. 202 e.v., p. 221 e.v. Als Franken doelt op de gegevensbepalende deeltjes, dan is dat is dat strijdig met zijn opvatting dat gegevens onstoffelijk zijn.

⁹ Ik doel hierbij op een reactie van Kleve op Thole. Volgens Kleve zal de volgende (overigens niet door Thole gedane) uitspraak weinig instemming ontmoeten: ‘Boeken dienen, evenals software, vooral als een geestelijke schepping te worden gezien. Het feit dat boeken zich steeds manifesteren in een lichamelijke drager, levert onvoldoende reden op om boeken als zodanig als zaken aan te merken.’ Ik kan juist wel met deze uitspraak instemmen als met ‘het boek als zodanig’ een eventueel auteursrechtelijk beschermd ideëel product wordt bedoeld. Dan zegt deze zin niets meer dan dat het feit dat de inktpatronen die in het boek zijn afgedrukt stoffelijk zijn nog niet betekent dat het geestesproduct ‘boek’ dat ook zou zijn. Zie Kleve 2004 a.w. noot 6, p. 127-128.

dige zaak vormen.¹⁰ De opvatting kan naar mijn mening effectief worden bestreden met het zogenoemde ‘immanentie-argument’: materiële gegevens kunnen eenvoudigweg niet los van de drager bestaan. Dit argument ontleen ik aan Bydlinski, die voor het Duitse recht deze problematiek (met name voor computerprogramma’s) aan een uitgebreide studie heeft onderworpen.¹¹ Het is naar zijn mening alleen zinvol om over materiële gegevens als bestanddeel van een zaak te spreken. Deze zaak is de drager waarop de gegevens zijn vastgelegd. In Nederland wordt door Verkade terecht een vergelijking gemaakt met meer ‘traditionele’ exemplaren.¹² Een drager waarop een kopie van de materiële gegevens is vastgelegd, zoals een floppydisk, cd-rom of een vaste schijf van een computer, kan worden vergeleken met een boek of een langspeelplaat. De elektromagnetische deeltjes die zich op de drager bevinden behoren toe aan de eigenaar van de drager, zoals de gebruikte inkt in een boek en de groeven in de plaat toebehoren aan de eigenaar van het exemplaar.¹³

In de voorbeeldcasus over de muziekbestanden zagen wij drie exemplaren, de computer van A, de computer van B en de cd van B. De muziekbestanden op de computers van A en B zijn naar verkeersopvatting onzelfstandig bestanddeel van de computer (art. 3:4 lid 1). De opslag van de gegevens verandert niet de identiteit van de computer. Ook zonder de muziekbestanden kan de computer als ‘multipurpose machine’ op allerlei manieren functioneren. De computer is derhalve als hoofdzaak in de zin van art. 5:14 BW aan te merken, en de eigenaar daarvan is eigenaar van de nagetrokken gegevens (art. 5:14 jo. art. 5:3 BW).

Bij de cd met de muziekbestanden ligt de zaak iets anders. Naar mijn mening kunnen dergelijke ‘losse’ dragers met exemplaren als boeken en schilderijen worden vergeleken, en moet in dergelijke gevallen gesproken worden van zaaksvorming (art. 5:16 BW). Hier verleent de vastlegging de drager een nieuwe identiteit. Deze wordt een exemplaar van die vastgelegde informatie in plaats van een lege drager, die naar verkeersopvatting anders wordt gekwalificeerd dan een lege drager.¹⁴ Het is van minder belang of een losse drager als ‘officieel exemplaar’ is gelabeld of beveiligd: de enkele vastlegging is voldoende, zoals ook ongelabelde vastleggingen op audio- of videocassette kunnen worden aangemerkt als ‘exemplaar’. Voorts kan men bij het vastleggen van de digitale in-

¹⁰ Kleve 2004, a.w. noot 6., p. 179-180.

¹¹ P. Bydlinski, ‘Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?’, *Archiv für die civilistische Praxis* 1998, p. 305-306. Vergelijk ook R.J.J. Westerdijk, *Produktaansprakelijkheid voor software - Beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieproducten*, (diss. VU Amsterdam), z.p. 1995, p. 196-198.

¹² D.W.F. Verkade, ‘Gegevensbescherming en privaatrecht’, in: *Gegevensbescherming (Handelingen Nederlandse Juristen-vereniging 1988-1)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 37-41.

¹³ Verkade 1988, a.w. noot 12, p. 38.

¹⁴ Vergelijk J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen), Groningen, 2002, p. 192-194; Asser/Van Dam, Mijnsen en Van Velten 2002, nr. 73.

formatie spreken van een zekere vormgeving, ook al heeft de daarop gerichte arbeid weinig om het lijf (het kopiëren van de digitale bestanden).¹⁵

Men kan zich afvragen of het multiple karakter van de materiële gegevens eraan in de weg zou kunnen staan dat deze als bestanddelen van een zaak worden aangemerkt. De cd van B kan bijvoorbeeld eenvoudig de oude vorm herwinnen als de muziekbestanden ervan worden verwijderd. Toch lijkt mij het onvoldoende om bij de beoordeling van het goederenrechtelijke karakter van de drager helemaal af te zien van hetgeen erop is vastgelegd en andersom. Zonder een drager zijn digitale gegevens ontoegankelijk en zonder gegevens zijn dragers niet meer dan dummy's. Naar verkeersopvatting vormen gegevens en drager wel degelijk een eenheid, zij het mogelijk een tijdelijke.¹⁶

7.3 Een keten van origineire verkrijgingen

De centrale vraag van deze bijdrage is of het ophalen oftewel downloaden van een muziekbestand kan worden aangemerkt als een eigendomsoverdracht. In onze casus verplaatsen de materiële gegevens zich immers van de computer van A naar de computer van B via internet. Er gebeurt 'iets stoffelijks.' Sommige schrijvers concluderen daaruit dat er dan dus ook een eigendomsoverdracht plaatsvindt. Impliciet berust deze kwalificatie op een bijzonder ruime uitleg van art. 3:114 jo. 3:90 BW.¹⁷ Levering geschiedt immers door bezitsoverdracht, en hier wordt kennelijk aangenomen dat men het bezit van de materiële gegevens via een computernetwerk kan overdragen. Van der Steur typeert de elektronische 'levering' van software als volgt: 'Er wordt geen gewone stroom, maar een "datastroom" gekocht, dat door middel van externe hulpmiddelen, drager (diskettes, computers en dergelijke), voldoende geïndividualiseerd kan worden.' Men verkrijgt de eigendom van de datastroom, maar, zo voegt ze eraan toe, deze datastroom wordt direct bestanddeel van de computer waarop deze terecht komt. Kleve redeneert rechttoe rechtaan naar de door hem gewenste conclusie: er gaat hier iets stoffelijks van A naar B, dus er is sprake van eigendomsoverdracht.¹⁸ Deze conclusie hangt samen met zijn opvatting dat materiële gegevens los beschouwd van de drager als zaak kunnen worden aangemerkt.

Ik kan niet instemmen met de voorstelling van zaken dat er een eigendomsoverdracht is, omdat er iets stoffelijks van A naar B gaat. Niet iedere verplaatsing van iets wat eerst aan A toebehoorde en vervolgens aan B staat gelijk

¹⁵ Asser/Van Dam, Mijnsen en Van Velten 2002, nr. 73 en 74; Wichers 2002, a.w. noot 14, p. 200-201: 'Karakteristiek voor zaaksvorming in de zin van art. 5:16 BW is *niet* een vormgeving waaraan de nieuwe zaak in aanmerkelijke mate haar (veelal in geld uitgedrukte economische waarde) ontleent, maar enkel de omstandigheid dat een nieuwe zaak is gevormd.'

¹⁶ Vergelijk hiermee Wichers 2002, a.w. noot 14, p. 92 over bestanddeelvorming en tijdelijkheid.

¹⁷ Zie: Staas 2003, a.w. noot 1, p. 18.

¹⁸ Kleve a.w. noot 6, p. 180.

aan een eigendomsoverdracht. Twee voorbeelden uit de niet digitale sfeer kunnen dit verduidelijken.

Wat gebeurt er als iemand (uit nood, of uit balorigheid) op een eiland een fles, met daarin een handgeschreven brief met een boodschap, in zee gooit? Hij geeft het bezit van de brief prijs (art. 3:117 BW) met het doel de eigendom ervan kwijt te raken (art. 5:18 BW). Als iemand de fles met de brief vervolgens op een strand oppikt, dan neemt hij deze in bezit (art. 3:113 BW) waardoor hij daarvan eigenaar wordt (art. 5:4 BW).¹⁹

De eigenaar van de auto wenst bij een pompstation 40 liter benzine. Deze 40 liter benzine zal als zaak nooit bestaan. Het is immers een uitsluitend 'naar soort en hoeveelheid bepaalde zaak' die nooit als een zelfstandige zaak in de zin van art. 3:2 BW kan worden aangemerkt.²⁰ Bij het pompstation is de benzine onzelfstandig bestanddeel in een voorraadtank en vanaf het moment van ontvangst is de benzine onzelfstandig bestanddeel (van de benzinetank) van de auto. De originele eigendomsverkrijging aan de kant van de eigenaar van de auto (art. 5:14 BW jo. art. 5:3 BW) wisselt het originele eigendomsverlies aan de kant van het pompstation onmiddellijk af. Er is geen 'daartussen' waarbij een zaak in eigendom wordt overgedragen. Dit zou anders zijn wanneer de pomphouder benzine zou tanken in een jerrycan, en deze zou verkopen aan de eigenaar van de auto: in dat geval zou wel een zaak, de volle jerrycan, worden overgedragen.

Als B over internet de muziekbestanden downloadt van de website van A gebeurt naar mijn mening iets vergelijkbaars. Bij A en B bestaan de bestanden door de vastlegging op hun eigen hardware, en in de transportfase bestaan de bestanden door het signaal van A naar B, waarbij in die fase allerlei zeer tijdelijke vastleggingen ontstaan op computers die onderdeel uitmaken van het internet en waarlangs de muziekbestanden wordt getransporteerd. Ik zou deze goederenrechtelijke gang van zaken (met Bydlinski) kenmerken als een keten van originele eigendomsverkrijging en -verlies. De zaak van A (de server, waarop de muziekbestanden zijn vastgelegd) is en blijft van A terwijl de computer waarop de gekopieerde bestanden worden vastgelegd de zaak is en blijft van B. De gekopieerde muziekbestanden waren eerst nagetrokken bij de computer van A. Tijdens het transport doen de gegevenspakketjes vele computers aan. Men zou kunnen zeggen dat de respectieve eigenaars van die computers voor een fractie van een seconde door natrekking eigenaar worden van de langsflitsende pakketjes, maar dat heeft weinig vermogensrechtelijke betekenis. Uiteindelijk, aan het einde van de keten van originele verkrijgingen, wordt B door natrekking (art. 5:14 BW) de eigenaar van de muziekbestanden. Zijn computer is ten opzichte van de muziekbestanden immers als hoofdzaak aan te merken.

Van der Steur wekt onterecht de indruk dat tussen het moment van verzending van de gegevens en het neerslaan van de gegevens op de computer een moment van eigendomsoverdracht ligt. Zo min als in het geval van het tanken

¹⁹ Het voorbeeld over flessenpost is ontleend aan Bydlinski 1998, a.w. noot 11, p. 320.

²⁰ Vergelijk HR 10 februari 1978, *NJ* 1979, 338 (Nieuwe Matex), waarover uitgebreid Wichers 2002, a.w. noot 14, p. 155-157.

van de benzine is er een ‘daartussen’: het eigendomsverlies bij A wordt onmiddellijk gevolgd door de originele eigendomsverkrijging van B.

Als B vervolgens een kopie van de muziekbestanden maakt en deze vastlegt op zijn cd-schijfje, wordt hij daarvan eigenaar op basis van art. 5:16 lid 1 BW. Hij maakt het exemplaar immers voor zichzelf van materialen waarvan hijzelf eigenaar is.

7.4 Vermogensrechtelijke consequenties

Dat B eigenaar wordt van de materiële gegevens heeft enige praktische consequenties, die hieronder puntsgewijze aan de orde komen.

Het is zinloos voor A om bij het downloaden een eigendomsvoorbehoud te bedingen. A. De reden daarvoor is niet, zoals wel is gezegd, dat bij de elektronische verschaffing van gegevens ‘een stoffelijk aangrijpingspunt voor het eigendomsvoorbehoud ontbreekt.’²¹ Geconstateerd werd dat er wel degelijk ‘iets stoffelijks’ gebeurt bij downloaden en dat B eigenaar wordt van de verschaftte gegevens. B wordt echter niet door overdracht eigenaar, maar door originele verkrijging, natrekking.

Het is zinloos voor A om een recht van revindicatie in te roepen, bijvoorbeeld als B zonder toestemming zou hebben gedownload. Kleve kan het tegenovergestelde betogen nu hij het downloaden als een eigendomsoverdracht ziet en de materiële gegevens niet als bestanddeel, maar als een zelfstandige zaak.²² In de theorie die hier voorgestaan wordt, is het gebruik van de revindicatie geen optie, omdat in deze casus, wat er ook zij van de (on)rechtmatigheid van de handeling, B eigenaar is geworden door natrekking.

De vraag hoeft niet op te komen of B zich in een voorkomend geval op een retentierecht kan beroepen. Hij is immers zelfstandig eigenaar geworden, wat ook voor titel ten grondslag heeft gelegen aan het (mogen) downloaden. Het retentierecht kan slechts op een los, reeds bestaand exemplaar betrekking hebben waarvan B houder, doch geen eigenaar is.

Het kooprecht (art. 7:1 BW) kan niet direct van toepassing zijn nu er geen sprake is van een eigendomsoverdracht. Bij de ‘betaalde download’ van muziekbestanden kan het kooprecht alleen naar analogie worden toegepast.²³

De uitputtingsregel van art. 12b Aw kan bij downloaden geen toepassing vinden, nu er geen sprake is van een eigendomsoverdracht.²⁴ Dit betekent

²¹ C. Drion, C. Stuurman en W. Wefers Bettink (red.), *Boom modellen en commentaar. Internet en e-commerce*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 48-49.

²² Kleve 2004, a.w. noot 6, p. 180.

²³ Aldus terecht: Asser/Hijma 2001, nr. 196, 203. Zie voor een nadere beschouwing over het kooprecht: E.D.C. Neppelenbroek: ‘De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht’, *VrA* 2005-2, p. 4-28 [hier hoofdstuk 4].

²⁴ Art. 12b Aw luidt (mijn cursivering): Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de

dat als B zonder auteursrechtelijke toestemming zijn exemplaar met de aangeschafte muziekbestanden aan derden zou doorverkopen, dit als een auteursrechtelijk verboden openbaarmakingshandeling wordt beschouwd. Op deze consequentie van het 'Europese' auteursrecht is, mijns inziens terecht, kritiek geuit door Tjong Tjin Tai.²⁵

7.5 Iedereen eigenaar!

Internet is één grote kopieermachine. Deze constatering is gedaan vanuit het auteursrecht en is maatgevend bij de discussie of en hoe het in de elektronische omgeving kan worden gehandhaafd.²⁶ Zeker bij muziek leidt de multipliciteit van digitale bestanden tot gebruikers die zich weinig tot niets aantrekken van officiële websites die muziek te koop aanbieden. Zij vullen lustig hun discotheek door via peer-to-peer netwerken als Kazaa hun favoriete muziek bij elkaar te snuffelen. Uit het bovenstaande blijkt dat dit gedrag 'beloond' wordt met de verkrijging van de eigendom. De originele verkrijging van muziekbestanden, betaald of onbetaald, met of zonder toestemming van de aanbieder of auteur, leidt immers via art. 5:14 BW onherroepelijk tot eigendom bij de ontvanger. Sterker nog, degene van wie de gegevens zijn 'afgenomen', heeft niet de beschikking over de revindicatie (art. 5:2 BW) om de gegevens terug te krijgen. Men kan zich afvragen of dit onwenselijk is, of zelfs gevaarlijk. Ik zal hieronder betogen dat het wel meevalt, aangezien het belang van de eigendomsverkrijging op vijf manieren kan worden gerelativeerd.

1. Irrelevantie van de eigendom. Verreweg de meeste eigendomsverkrijgingen via het internet zullen nooit juridische problemen opleveren. Internet is behalve kopieermedium vooral een communicatiemedium. Over het algemeen zal degene die informatie aanbiedt via het internet juist willen dat deze gedownload wordt. Het web zou – het is maar een beeld – als een markt met bijzonder veel informatiekraampjes kunnen worden gezien waar iedereen vrijelijk folders mee kan nemen. Dit geldt nog sterker bij het verzenden van e-mails of het plaatsen van artikelen op nieuwsgroepen. Pas als het gaat om serieuze, waardevolle informatieproducten die aanbieders via het web willen exploiteren kunnen juridische problemen met de eigendom worden verwacht.

2. Technische bescherming van de gegevens. Het gevaar van informatieproducten zoals muziekbestanden is gelegen in de eenvoudige kopieerbaarheid ervan. Voor aanbieders van deze producten is het daarom aantrekkelijk

Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht *door eigendomsoverdracht*, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.

²⁵ Zie: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Exhaustion and online delivery of digital works', EIPR 2003-5, p. 209. Zie – specifiek in het licht van de softwareproblematiek – E.D.C. Neppelenbroek, 'Software en de uitputtingsregel', *AMI* 2001-6, p. 125-132.

²⁶ Zie hierover in algemene zin onder veel meer: P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg', *NJB* 1995, p. 513-519.

deze niet ‘vrij’ ter beschikking te stellen, maar voorzien van technische bescherming. Men denke bijvoorbeeld aan kopieerbescherming en digital rights managementsystemen. Dit alles om te voorkomen dat wanneer één persoon de beschikking krijgt over de gegevens, feitelijk iedereen de beschikking krijgt. Met deze beschermingsmaatregelen wordt derhalve de multipliciteit van de materiële gegevens beperkt of geneutraliseerd. De eigenaar verkrijgt een eigendomsrecht dat de aanbieder in de hand kan houden.²⁷

3. Vermijding van de eigendom. Voor veel informatieproducten is het niet ongebruikelijk dat de gebruiker niet de beschikking krijgt over de gegevens op zijn computer, maar dat hij slechts een recht op toegang verkrijgt tot de computer van de aanbieder, waarvandaan hij van de gegevens gebruik kan maken. Dit is bijvoorbeeld het geval bij databanken en computerprogramma’s (bij de laatste door zogenoemde Application Service Providers, ASP’s) en online games.²⁸ Aldus wordt vermeden dat de informatieproducten als geheel aan de controle van de aanbieders/rechthebbenden van de informatieproducten ontglippen. De gebruikers van deze informatieproducten krijgen niet de eigendom van de gegevens, maar slechts een contractueel recht op toegang tot het computersysteem van de aanbieder.

4. Beperking van de eigendom. In onze casus is er een relevante transactie waarbij de verkrijger de beschikking krijgt over technisch onbeschermd muziekbestanden. We hebben hierboven echter al gezien dat de verkrijging van de eigendom niet betekent dat B dan maar alles met zijn gegevens mag doen. Het auteursrecht beperkt het eigendomsrecht in hoge mate (in de zin van art. 5:1 lid 2 BW), mede gezien het feit dat de uitputtingsregel hier niet werkt. B mag jegens de auteur X zijn exemplaar niet meer verder in het verkeer brengen. Evenmin mag hij de gegevens verhuren, in het openbaar ten gehore brengen, et cetera. Verder kunnen ook nog contractuele beperkingen zijn opgelegd, zoals geheimhoudingsverplichtingen en gebruiksvoorwaarden (hoewel deze bij muziekbestanden niet zo voor de hand liggen). Deze papieren bescherming levert natuurlijk geen garantie tegen de schending van IE-rechten, het openbaar maken van geheime gegevens en het verbreken van de exclusiviteit van de informatie, maar de rechthebbenden kunnen tenminste aan contract en onrechtmatige daad een actie ontfangen tegen de eigenaar die zomaar van alles doet.

5. Substitutie van de eigendom. In enkele gevallen lijkt het alleen nog theoretisch interessant om van eigendomsverkrijging te spreken. De bescherming van computerprogrammatuur (zie art. 45i en j Aw) en auteursrechtelijk beschermde databanken (art. 13 jo. 24a Aw) gaat zover dat niet alleen de bevoegdheid om over het exemplaar te beschikken, maar ook het recht om deze producten te gebruiken afhankelijk is gesteld van auteursrechtelijke toestemming. Bij deze informatieproducten betekent eigenaar zijn van het exemplaar

²⁷ Zie hieromtrent uitgebreid: K.J. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen*, diss. UvA, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

²⁸ Zie over on-line games: E.D.C. Neppelenbroek: ‘Het drakenzwaard: of virtuele goederen als vorderingsrecht uit on-line contracten,’ *Ars Aequi* 2006, p. 24-32.

niet meer dan dat men de feitelijke mogelijkheid heeft om over de gegevens te beschikken. Juridisch legitimeert de eigendom echter tot niets.²⁹

7.6 Slot

In dit artikel zijn, vooral uit goederenrechtelijk perspectief, enige vragen aan de orde gekomen in verband met het downloaden van digitale informatie. Aan de hand van een casus waarin B muziekbestanden downloadt van het computersysteem van A, terwijl X auteursrechthebbende is van de popsongs.

Zijn materiële gegevens een zaak? Op zichzelf kunnen gegevens niet worden aangemerkt als een zaak. In materiële zin zijn gegevens wel stoffelijk en kunnen ze onzelfstandig bestanddeel uitmaken van de drager waarop de gegevens zijn vastgelegd.

Is het downloaden van gegevens eigendomsoverdracht? Hoewel er 'iets stoffelijks' van A naar B gaat als B de muziekbestanden downloadt naar zijn computer is er toch geen sprake van eigendomsoverdracht. B verkrijgt de eigendom door natrekking van de bestanden op zijn computer. Het downloaden is gekenschetst als een keten van originele eigendomsverkrijging en -verlies. Dit betekent bijvoorbeeld dat A niet met gewenst rechtsgevolg een eigendomsvoorbehoud kan bedingen, of kan revindiceren bij ongewenst downloaden. Voorts kan bij 'betaalde downloads' het kooprecht slechts naar analogie van toepassing zijn en blijft de toepassing van de auteursrechtelijke uitputtingsregel achterwege.

In casus als de onze wordt verkrijger B eigenaar van het muziekbestand. Dat feit brengt op zich niet al te veel problemen met zich mee. Wel het feit dat hij, legaal of illegaal, allerlei kopieën voor derden kan maken die dan dus niet zelf bij de muzikaanbieder afrekenen. Juist in de muzieksector laat de bescherming van de multiple, materiële gegevens zich kennelijk niet goed dichttimmeren.

²⁹ Voor software heb ik deze 'verauteursrechtelijking' uitgebreid beschreven. Zie: E.D.C. Neppelenbroek, 'Software: de auteur, de verkrijger en derden,' *AMI* 2006, nog te verschijnen [hier hoofdstuk 3].

8. DIGITALISERING, AUTEURSRECHT EN VIER WAARNEMINGEN OVER DE EIGENDOM

8.1 Inleiding

In deze bijdrage zal ik, aansluitend bij een lange traditie in dit blad, het eigendomsrecht aan een kritische juridische analyse onderwerpen. Discussies in het verleden betroffen vaak de ‘vermaatschappelijking’ van de eigendom, en de in het licht daarvan al dan niet gewenste relativering van het belang van het eigendomsrecht.¹ De ontwikkeling die in dit stuk als voorbeeld dient is de digitalisering (het omzetten van analoge naar digitale informatie). Deze ontwikkeling heeft ten gevolge dat informatieproducten, die meer en meer via computernetwerken als het internet online ter beschikking worden gesteld, steeds minder als stoffelijke zaken (vergelijk: een boekexemplaar, een langspeelplaat) en steeds meer als licentieerbare *content* worden gezien. Dit heeft de tweede Kamercommissie aangaande auteursrecht gebracht tot de volgende, interessante uitspraak:

‘Inhoud is belangrijker dan de drager en daar hoort een licentiesysteem bij als verdienmodel.’²

Als dit licentiemodel is opgezet, kan het wettelijk worden geflankeerd door een verbod van downloaden van auteursrechtelijk beschermde informatie. Het kabinet vindt dit een ‘aansprekend voorstel.’ De discussie die vervolgens is en wordt gevoerd betreft voornamelijk het politiek en juridisch omstreden downloadverbod. Hierover zijn door de Hoge Raad vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie.³

Als het object van de eigendom, de drager, niet meer dient als panacee van rechthebbendheid, dan komen er andere vormen dan het eigendomsrecht van boek 5 BW in beeld waaraan de verkrijger van het informatieproduct zijn recht heeft te ontleen. Men denke dan aan (al dan niet auteursrechtelijk gebaseerde) licentierechten en toegangsrechten die worden verleend door content providers. De eigendom van de drager (bijvoorbeeld de computer, de iPod of het

¹ Zie bijvoorbeeld aflevering 3/4 van *RMThemis* 1976.

² A. Gerkens e.a., *Auteursrechten. Een rapport*, Eindrapport Parlementaire Werkgroep Auteursrechten_tcm118-189136, gepresenteerd 17 juni 2009. Dit rapport is opgenomen in: *Kamerstukken II* 2009/10 29 838, nr. 19.

³ HR 21 september 2012, *LJN*: BW5879. Zie verder: de brief van de minister van Justitie in: *Kamerstukken II* 2009/10, 29 838, nr. 22, p. 11, de brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie d.d. 11 april 2011 met de speerpuntenbrief inzake auteursrecht in 2020 (29 838, nr. 29) en de motie tegen het downloadverbod (29 838, nr. 41). Zie over de discussie: H.B.M. de Leeuw, ‘Zin en onzin van het downloadverbod,’ *Justitiële Verkenningen* 2012, p. 83-96.

E-book) waar vanaf de informatie wordt geconsumeerd wordt daarmee irrelevant voor het gebruik van de informatie.

Veelzeggend is het geval waaraan *NRC Handelsblad* een redactioneel commentaar wijdde.⁴ Amerikaanse kopers van romans van Orwell voor hun E-book zagen deze via internet van hun apparaat verwijderd worden door de uitgever omdat deze ‘de rechten’ niet goed had geregeld. Waar de gebruikers dachten dat zij een exemplaar van het boek hadden gekocht, bleken zij, aldus het commentaar, ‘een zwak en kennelijk herroepbaar gebruiksrecht te hebben aangeschaft.’

Meer nog dan een precieze analyse te geven hoe deze ontwikkeling juridische vorm krijgt wordt beoogd in deze bijdrage een viertal waarnemingen over de eigendom van boek 5 BW te beschrijven en kritisch te onderzoeken, te weten:

- eigendom heeft een bevoorrechte plaats in het vermogensrecht;
- eigendom is abstract;
- ‘rechten van anderen’ als eigendomsbeperking zijn door de eigenaar zelf opgelegd;
- beschikken is belangrijker dan gebruiken.

In het onderstaande wordt eerst de juridische plaats van de eigendom aangegeven. Daarbij zal kort op de terminologie ingegaan, omdat het begrip eigendom in meerdere contexten op een verschillende manier wordt gebruikt. Daarna komt de omschrijving in art. 5:1 BW aan de orde.

Vervolgens zal ik de waarnemingen nader toelichten en onderbouwen. De hier genoemde waarnemingen maken niet alle deel uit van een lijstje met kenmerken van de eigendom die in ieder handboek worden genoemd. Aan de hand van het vermogensrechtelijke systeem en de goederenrechtelijke literatuur zal ik aannemelijk maken dat bij het vermogensrechtelijke denken over de eigendom deze vier waarnemingen wel min of meer zijn ingesleten. Ik heb voor deze benadering gekozen omdat de eigendom op deze manier op de meest doeltreffende wijze kan worden geconfronteerd met de ontwikkelingen op het gebied van digitalisering en het auteursrecht.

Daarna zal worden aangegeven in hoeverre deze waarnemingen gezien de digitalisering en het daarmee samenhangende toenemende belang van het auteursrecht vertroebeld zijn. De conclusie zal uiteraard niet zijn dat de eigendom zoals we deze kennen in boek 5 BW ineens onbelangrijk zou zijn. Het doel is te laten zien dat de eigendom *naast* andere rechten in het privaatrecht staat en niet erboven, als ware het een categorie van hogere orde. Ik zal daarom mijn steun betuigen aan de analyse die Van der Steur heeft gegeven, namelijk die

⁴ ‘Orwell had gelijk,’ *NRC Handelsblad*, 25 juli 2009.

waarbij het eigendomsrecht nevengeschiedt is gesteld aan alle andere vermogensrechten.⁵

De beschouwingen betreffende de waarnemingen worden gevolgd door een korte rechtspolitieke aantekening. Aandacht wordt gevraagd voor de ontwikkeling waarbij de uiteindelijke gebruiker in een steeds afhankelijker vermogensrechtelijke positie komt te staan tot de aanbieder, in het algemeen een privaatrechtelijke organisatie. Aan het slot worden kort de resultaten van deze bijdrage op een rij gezet.

8.2 *Het volksbegrip 'eigendom'*

Voor privatisten lijkt de vraag wat eigendom is er één naar de bekende weg. We vinden in art. 5:1 lid 1 van het BW wat onder eigendom (of: het eigendomsrecht) wordt verstaan: het meest omvattende recht op een zaak. Daarmee is het onderzoeksobject 'eigendom' voor deze bijdrage aangeduid. Toch is het goed zich te (blijven) realiseren dat het begrip eigendom of eigendomsrecht in verschillende contexten veel verschillende betekenissen kan hebben.

Eigendom is bij uitstek wat in de rechtssociologie een 'volksbegrip' wordt genoemd.⁶ Als men dit begrip in de mond neemt, slaapt men onherroepelijk een geheel aan cultureel bepaalde, normatieve vooronderstellingen met zich mee. In plaats en tijd verhouden mensen zich verschillend tot elkaar als het gaat om objecten met vermogenswaarde.⁷ Vanuit empirisch oogpunt wordt gewezen op het gevaar dat men interne vooronderstellingen projecteert op andere, onvergelykbare sociale verhoudingswijzen. Als voorbeeld wordt gewezen op het Indonesische adat-recht: bij de beschrijving hiervan werd het 'Westerse' begrip eigendom vermeden en vervangen door het meer neutrale beschikkingsrecht, om de eigenheid van het 'Oosterse' adat-recht te benadrukken.⁸

In rechtseconomische beschouwingen komt men het eigendomsrecht ook tegen als centraal begrip.⁹ Door Teijl en Holzhauer wordt echter gewaarschuwd dat het gebruik ervan in de rechtseconomie 'bij een jurist verkeerde associaties kan oproepen.'¹⁰ Het begrip wordt in de economische discipline namelijk opgerekt tot elke afdwingbare aanspraak die een rechtssubject kan hebben. Als voorbeeld noemen Teijl en Holzhauer 'de eigendomsrechten van een

⁵ J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2003, stelling I.

⁶ J. Griffiths en H. Weyers, *De sociale werking van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 21-22.

⁷ Vergelijk de relativerende bespiegelingen in G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1979.

⁸ Griffiths & Weyers, a.w. noot 6, 2005, p. 22.

⁹ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Stenfert Kroese 2004, p. 19-49.

¹⁰ R. Teijl en R.W. Holzhauer, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie*, SI-Eur reeks, Rotterdam: Gouda Quint 1997, p. 57.

werkgever op de arbeid van een werknemer.¹¹ Dit ligt inderdaad erg ver van wat een privatist onder ‘eigendom’ verstaat. In feite is in de Nederlandse rechtseconomie de term *property right* met eigendomsrecht vertaald.¹² Als metajuridisch, economisch begrip heeft ‘eigendomsrecht’ dan ook een veel breder bereik dan in het vermogensrecht.

Wat binnen deze studie wordt aangeduid als eigendom moet niet worden misverstaan uit rechtseconomisch perspectief. Als door het oprukkende belang van het auteursrecht het eigendomsrecht wordt verdrongen en erdoor vervangen betekent dat vanuit rechtseconomisch perspectief dat het ene eigendomsrecht wordt vervangen door het andere eigendomsrecht. Dit betekent echter ook weer niet dat deze juridische constatering voor de rechtseconoom volledig oninteressant zou zijn: het ene eigendomsrecht vergt mogelijk anderszins een andere economische verklaring dan het andere.¹³

De voorbeelden uit de rechtssociologie en de rechtseconomie kunnen eenvoudig worden uitgebreid. In de rechtshistorie wordt er bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen de Romeinse en de Germaanse eigendom.¹⁴ In de rechtsfilosofie wordt het begrip eigendom uiteraard ook weer eigenstandig gehanteerd. Al deze eigendomsbegrippen zijn, hoewel verwant, toch allemaal verschillend. Wat de buitenjuridische eigendomsbetekenissen wel met elkaar gemeen lijken te hebben is dat er een bredere betekenis aan wordt gehecht dan het enge, interne nationaaljuridische eigendomsbegrip van art. 5:1 BW.

8.3 Eigendom in de nationaalrechtelijke context

Ook binnen de juridische discipline zelf moet men oppassen met het begrip ‘eigendom.’ Twee voorbeelden kunnen dit verduidelijken: de grondrechtelijke eigendomsbescherming en intellectuele eigendomsrechten.

Het eigendomsrecht geniet grondrechtelijke bescherming, het meest prominent in het Europees verdrag voor de rechten van de mens. Het begin van art. 1 van het eerste protocol bij het EVRM luidt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom.’

Ook hier wordt allereerste gewaarschuwd dat dit, juridisch geldende, eigendomsbegrip (Engels: ‘possessions’; Frans: ‘biens’) veel meer omvat dan het

¹¹ R. Teijl en R.W. Holzhauser 1997, a.w. noot 10, p. 59.

¹² Vergelijk bijvoorbeeld B. Bouckaert, ‘Eigendomsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief,’ AA 1990, p. 777-786. In de literatuurlijst bij dat artikel wordt voornamelijk verwezen naar Engelstalige rechtseconomische literatuur betreffende ‘property rights.’

¹³ In W.M. Landes en R.A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 36, wordt bijvoorbeeld op de verschillen tussen ‘traditional law of property’ en IE-rechten gewezen.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Van den Bergh 1979, a.w. noot 7, p. 16 e.v.

enge vermogensrechtelijke eigendomsbegrip.¹⁵ Ploeger noemt het gebruik van dit begrip ‘ongelukkig en zelfs misleidend’ en zou liever een meer neutraal woord als ‘bezittingen’ hebben gebruikt. Hij stelt de grondrechtelijke eigendom praktisch gelijk met ‘vermogensrecht’ in de zin van art. 3:6 BW.¹⁶

Voor het onderwerp van deze bijdrage is het wederom van belang dit brede eigendomsbegrip te onderscheiden van het smalle eigendomsrecht uit artikel 5:1 BW. Net als bij de rechtseconomische invalshoek kan het immers zo zijn dat wat uit grondrechtelijk perspectief onder eigendom wordt verstaan vervangen wordt door iets anders wat ook onder eigendom moet worden verstaan. De bewering: ‘de positie van de verkrijger van een informatieproduct is niet meer te vatten als een eigendomsrecht maar als een licentie’ doet in grondrechtelijk perspectief vreemd aan als de licentie als verbintenisrechtelijke aanspraak net zozeer een grondrechtelijk eigendomsrecht is als de eigendom van het exemplaar. Ook hier maakt dit de constatering niet oninteressant.

Hetzelfde geldt bij de zogenoemde intellectuele ‘eigendomsrechten.’ Ook hier wordt de verwarring geconstateerd, maar wederom uiteindelijk niet doorslaggevend problematisch geacht. Het komt er ook hier weer op neer dat de rechten op de immateriële rechtsobjecten (het auteursrecht op het werk, merkenrecht op het merk, het octrooirecht op de uitvinding, etc.) als (absolute) vermogensrechten zijn aan te duiden op andere rechtsobjecten dan stoffelijke zaken.

Op deze plaats is slechts een begin van een duiding gegeven van de complexiteit van het eigendomsbegrip. Het laat zien dat de eigendoms wereld veel groter is dan die van de uitsluitend nationaal vermogensrechtelijk georiënteerde jurist.

8.4 De plaats van de eigendom in de vermogensrechtelijke systematiek

Alvorens dieper in te gaan op de waarnemingen over eigendom, komt eerst de algemene omschrijving van art. 5:1 lid 1 BW aan de orde. De eigendom wordt in dit artikellid omschreven als ‘het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben’. Hier wordt geen definitie van de eigendom gegeven, maar een plaatsbepaling.¹⁷

In de eerste plaats wordt met deze omschrijving duidelijk gemaakt dat het subjectieve recht eigendom uitsluitend betrekking heeft op stoffelijke zaken.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Hartlief, ‘The right to own property under the ECHR,’ in: J.P. Loof, H. Ploeger en A. van der Steur (red.): *The right to property. The influence of Article 1 protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker publishing 2000, p. 29-48.

¹⁶ H.D. Ploeger, ‘Het nationale civielrechtelijke perspectief,’ in: T. Bakhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2005, Kluwer, p. 109-110.

¹⁷ Parl. Gesch. Boek 5, MvA II, p. 26.

Dit betekent dat de eigendom niet – zoals vroeger door bijvoorbeeld door Eggen werd geleerd en ook nu nog door Degenkamp voor wenselijk wordt gehouden – als een overkoepelend begrip mag worden gebruikt om rechthebbendheid of toebehoren aan te duiden.¹⁸ In ons vermogensrechtelijke systeem mag men dus strikt gesproken bijvoorbeeld niet spreken van de eigenaar van een vordering, maar moet men spreken van de rechthebbende op een vordering. Van der Steur duidt de rechthebbendheid in verband met de eigendom daarom aan als ‘het toebehoren van het eigendomsrecht op een zaak’.¹⁹

In de tweede plaats wordt met deze omschrijving duidelijk gemaakt dat er geen meer omvattende rechten bestaan op zaken, en dat andere zakelijke rechten alleen als beperkte rechten van de eigendom kunnen zijn afgeleid.²⁰ Bij deze afgeleide, ‘minder omvattende’ rechten wordt gedoeld op de catalogus van beperkte rechten uit boek 3 (voor zover deze zijn gevestigd op zaken) en boek 5 BW.

Het komt mij voor dat uit de wettelijke omschrijving van de eigendom in lid 1 geen informatie over de inhoud van het eigendomsrecht kan worden afgeleid.²¹ Hierover is wel anders gedacht. Van Maanen heeft uit art. 5:1 lid 1 afgeleid dat de wetgever een ‘individualistische eigendomsopvatting’ heeft beoogd te introduceren.²² Uit de wetsgeschiedenis bij de wettelijke omschrijving volgt daarentegen dat bij de omschrijving in lid 1 geen positieve, inhoudelijke bepaling van de eigendom is beoogd. Daartoe is – speciaal om de indruk van een al te grote ‘absoluutheid’ van de eigendom weg te nemen – de aanvankelijk in de beschrijving voorkomende woorden ‘het meest volledige recht’ vervangen door de woorden ‘het meest omvattende recht’.²³ Hoewel dit een cosmetische operatie is genoemd, toont het niettemin aan dat uit de plaatsbepaling van de eigendom in lid 1 geen informatie is af te lezen over de hoegrootheid van het eigendomsrecht. Ook een eigendomsrecht waaraan nauwelijks bevoegdheden zijn te ontleen (gezien beperkend objectief recht) is niettemin het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.²⁴

¹⁸ J. Eggen, ‘Over de verhouding van eigendom en verbintenis,’ in: H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits, *Eggen-bundel* Overveen: Belvédère 1998, p. 455-473; J.Th. Degenkamp, ‘Waarom mogen gegevens geen goederen zijn; en, waarom mag men geen eigenaar van gegevens zijn?’ in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer 1997: Gouda Quint, p. 88-89, die de term overigens uitsluitend wil gebruiken voor ‘originaire rechten’ (rechten die niet het bestaan van een ander subjectief vermogensrecht veronderstellen). Dat betekent dat Degenkamp de term eigendom bijvoorbeeld niet wil reserveren voor beperkte (immers afgeleide) rechten. Zie omtrent de vroegere terminologie ook: Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartelds, *Eigendom en beperkte rechten. Deel 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 17.

¹⁹ Van der Steur 2003, a.w. noot 5, p. 14-15.

²⁰ *Parl. Gesch. Boek 5*, MvA II, p. 26.

²¹ Aldus ook: A.F. Salomons, *De genade en ongenade van den eigenaar*, Amsterdam: Vossiuspers 2001, p. 10, 17.

²² G.E. van Maanen, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 64.

²³ *Parl. Gesch. Boek 5*, MvA II, p. 26-27.

²⁴ Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 17.

Veel meer dan enige formele informatie omtrent de plaats van de eigendom in het vermogensrechtelijke systeem valt er dus uit art. 5:1 lid 1 BW niet te halen. De eigendom is kortweg het moederrecht van de zakelijke rechten, en meer recht dan de eigendom kan een persoon op een zaak niet hebben.

8.5 De bevoorrechte eigendom

De eerste waarneming over de vermogensrechtelijke eigendom die ik aan een onderzoek onderwerp is dat deze een bevoorrechte plaats heeft in het vermogensrecht. Ik begin bij de didactiek. Het vermogensrecht kan aan een leek en de beginnende student niet beter aanschouwelijk worden gemaakt dan aan de hand van de begrippen eigendom, zaak, contract en overdracht; bijvoorbeeld aan de hand van de casus over A die een stoel verkoopt en levert aan B.²⁵ Onder andere valt aan de hand van deze casus uit te leggen dat A en B rechtssubjecten zijn die een rechtshandeling verrichten (een koopovereenkomst) met betrekking tot een subjectief recht (eigendom) op een rechtsobject (de stoffelijke zaak, de stoel).

De vraag is of déze casus over koop, eigendom en stoffelijke zaak inderdaad exemplarisch is voor de beschrijving van het vermogensrecht. Een blik op het BW bevestigt dit. Het algemene deel van het vermogensrecht met de aanduiding wat een ‘goed’ is, te weten zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Volgens de wetgever is de stoffelijke zaak, het eigendomsobject, het eerste voorbeeld van een rechtsobject en vallen ‘alle vermogensrechten’ in een restcategorie. Vervolgens wordt in art. 3:2 tot en met 3:4 BW uitgewerkt wat in de context van de stoffelijke zaken moet worden begrepen: wat een roerende zaak is en wat een onroerende en wat onder bestanddeelvorming moet worden verstaan. Dan pas (art. 3:6 BW) komen de vermogensrechten aan de beurt. De Jong drukt dit treffend uit:

‘Zij (art. 3:2-3:4, EDCN) vormen het scharnier tussen de stoffelijke wereld en de begrippen waarmee de wetgever deze civielrechtelijk geordend heeft.’²⁶

Hetzelfde gebeurt bij de leveringsvereisten: eerst wordt de levering van (onroerende respectievelijk roerende) zaken besproken in art. 3:89-3:92 BW, dan de levering van vorderingsrechten en ten slotte levering in andere gevallen. En dan bestaan er nog leveringsvereisten van allerlei vermogensrechten die niet staan geregeld in boek 3 van het BW, maar in boek 2 BW (aandelen) of bijzondere wetten (bijvoorbeeld art. 2 Aw over de overdracht van een auteursrecht). Deze goederen horen kennelijk niet in thuis in het ‘algemene deel van het vermogensrecht.’ In boek 5 van het BW worden vervolgens de zakelijke rechten geregeld,

²⁵ Vergelijk het leerboek Brahn/Reehuis, waar de behandeling van het goederenrecht wordt voorafgegaan door een beschouwing over het eigendomsrecht. Zie: Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, paragraaf 2.1.

²⁶ TH. F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss Groningen 2006, p. 116.

met aan kop het ‘meest omvattende’ eigendomsrecht. In boek 7 wordt in artikel 1 de koop beschreven als de overeenkomst waarbij de een zich verbindt (de eigendom van) een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Dit verbaast allemaal niet, maar toch is het soms goed om juist bij het vanzelfsprekende even stil te staan. Uit het vorenstaande blijkt dat de eigendom niet alleen didactisch, maar ook wetsystematisch voorop wordt gesteld.

Ook uit de literatuur blijkt hoe diep de vooraanstaande plaats van de eigendom is ingesleten. Mijnsen noemt bijvoorbeeld de eigendom ‘een grondvorm van het recht.’ Zonder de eigendom valt het recht kennelijk niet te denken.²⁷ Overigens lijkt de gedachte afgeleid van Scholten, die in zijn algemeen deel bij de Asser-serie de logische grondvorm als algemeen begrip introduceerde. Scholten noemt daarbij niet eigendom, maar subjectieve rechten als categorie of logische grondvorm.²⁸ In Asser/Mijnsen lijkt hier het enge begrip eigendom van art. 5:1 lid 1 BW te identificeren met het grondrechtelijke begrip eigendom of misschien wel het begrip ‘subjectief recht’ in het algemeen.²⁹ In het handboek van Snijders en Rank-Berenschot worden alle andere rechten dan de eigendom, zakelijke rechten en vorderingsrechten (met name de rechten inzake de intellectuele eigendom) buiten het goederenrechtelijke domein gehouden.³⁰

Ook in recente, fundamentele beschouwingen omtrent het goederenrecht wordt, op verschillende manieren, de eigendom een bevoorrechte plaats gegeven. De Jong stelt voor zijn analyse van ‘de’ structuur van ‘het’ goederenrecht de objecten centraal die vatbaar zijn voor eigendom.³¹ Objecten uit de stoffelijke wereld hebben bij hem een streepje voor. Voor zover er andere, immateriële objecten zijn die aanleiding geven tot zelfstandige rechthebbendheid dan kan aan deze objecten alleen vermogensrechtelijke relevantie worden gegeven via wat door hem genoemd wordt reïficatie (objectivering, verzakelijking). Zo kan volgens De Jong het auteursrecht net als stoffelijke zaken object worden van het eigendomsrecht, zodat het auteursrecht bijvoorbeeld overdraagbaar en verpandbaar wordt. Het werk dat door het auteursrecht beschermd wordt, verdient niet de status van object: daarvoor is het te immaterieel. Zo kan De Jong spreken over eigendom op stoffelijke objecten en eigendom van objecten die we als het ware als zaak zien, zoals het auteursrecht.³² Verstijlen heeft hierop laten zien dat een goederenrecht op de manier van De Jong zich laat denken, maar deze structuur zich niet in het huidige BW laat dwingen.³³ Voor deze bijdrage zijn nu twee punten te onderscheiden.

In de eerste plaats blijkt De Jong een ander (en weer: breder) eigendomsbegrip te hanteren dan het BW. Enerzijds gebruikt hij de term om daarmee

²⁷ Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 17.

²⁸ Asser/Scholten, *Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1974, p. 57.

²⁹ Vergelijk Asser/Mijnsen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 15, waar geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt naar eigendom als grondrecht en eigendom als recht ex art. 5:1.

³⁰ H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot: *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 6, 28.

³¹ De Jong 2006, a.w. noot 26, p. 137 e.v.

³² De Jong 2006, a.w. noot 26, p. 141-144.

³³ F.M.J. Verstijlen, ‘Boekbeshouwingen,’ *RM Themis* 2006/6, p. 275.

het volledige recht op zaken (in zijn termen: stoffelijke goederen) aan te duiden, hetgeen in het vigerende rechtssysteem overeenkomt met de eigendom van 5:1 BW. Anderzijds gebruikt hij de term om volledige vermogensrechten op andere rechtsoBJECTEN (vorderingen, intellectuele eigendomsrechten) aan te duiden. Door te spreken over een eigendomsrecht op een auteursrecht hoopt hij het goederenrechtelijke uit het auteursrecht te puren, zodat de goederenrechtsspecialist zich kan buigen over goederenrechtelijke vragen rond het auteursrecht (zoals over de overdracht van het auteursrecht) en de rest van de auteursrechtelijke vragen onberoerd kan laten (zoals wanneer sprake is van plagiaat).³⁴ Elders heb ik reeds betoogd dat deze benadering te eenzijdig en te omslachtig is. Bij bijvoorbeeld de toekomstige levering van een auteursrecht kan men er niet omheen het werk als rechtsoBJECT mee te nemen bij de beantwoording van de vraag of hetgeen er wordt geleverd in goederenrechtelijke zin voldoende bepaald is.³⁵ Terecht geeft Struycken op Eggensiaanse wijze aan dat De Jong een dwaalspoor creëert met zijn scheiding tussen recht en voorwerp, waar slechts ongescheiden onderscheiden kan worden.³⁶

In de tweede plaats is het van belang dat voor De Jong de materiële eigendom het oorspronkelijke eigendomsrecht is. Andere eigendomsvormen ontstaan in de periferie door reïficatie, door begripsconstructies te behandelen analoog aan 'echte' objecten. Deze vooraanstaandheid van de eigendom is onderwerp van onderzoek in deze bijdrage.

Struycken stelt op zijn beurt in zijn onderzoek naar 'de' numerus clausus in 'het' goederenrecht niet zozeer het eigendomsobject centraal, maar het subjectieve recht, daarbij de rechtsleer van Meijers volgend.³⁷ Hij heeft dan al in oppositie tegen Snijders duidelijk gemaakt dat het op rechtssystematische gronden zo is dat de numerus clausus voor beperkte rechten ook geldt voor andere rechten dan de eigendomsrechten ex art. 5:1 BW, zoals ook intellectuele eigendomsrechten, die zijns inziens in het vermogensrechtelijk geheel horen.³⁸ Als Struycken het begrip subjectief recht op de pijnbank legt en onderzoekt wat de grenzen zijn om deze rechten op te splitsen, blijkt dat in de overweldigende meerderheid van de gevallen het eigendomsrecht als het primaire voorbeeld wordt gebruikt.³⁹ De conclusies die worden vervolgens verbonden aan 'het' subjectieve recht.⁴⁰ Als men dit op de spits drijft zou dit betekenen dat het aan het beginsel van de numerus clausus te ontleen uitgangspunt van de onsplitbaarheid voor het eigendomsrecht van art. 5:1 BW evenzeer moet gelden als voor bijvoorbeeld het auteursrecht van art. 2 Aw. Doordat de eigendom voor

³⁴ De Jong 2006, a.w. noot 26, p. 143.

³⁵ E.D.C. Neppelenbroek, 'Dogmatisch purisme', *NJB* 2006-32, p. 1840-1841.

³⁶ T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2007 (diss. Nijmegen), p. 118.

³⁷ Struycken 2007, a.w. noot 36, p. 473.

³⁸ Struycken 2007, a.w. noot 36, p. 113-115.

³⁹ Struycken 2007, a.w. noot 36, p. 489-605.

⁴⁰ Struycken 2007, a.w. noot 36, p. 605 e.v.

Struycken zo exemplarisch is, worden de andere vermogensrechten praktisch in de periferie gedrukt.

8.6 De abstracte eigendom

Een opvallende karakteristiek van de eigendom is haar abstracte karakter.⁴¹ Dit komt hierin tot uitdrukking dat de bevoegdheden die de eigenaar aan de eigendom kan ontleen nergens specifiek zijn geregeld.

De bevoegdheid om de zaak te gebruiken staat in art. 5:1 lid 2 BW. De term ‘gebruik’ wordt in dit artikellid niet nader omschreven, en de vrijheid tot het gebruik wordt niet specifiek ingevuld, maar begrensd door ‘rechten van anderen en op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gebaseerde beperkingen.’ Het ligt kennelijk aan de fantasie van de eigenaar om alle denkbare gebruiksmogelijkheden van de zaak te benutten. Het lijkt dan ook ondoenlijk om alle gebruiksbevoegdheden die kunnen voortvloeien uit dit abstracte eigendomsrecht op te sommen.⁴² Afgezien van de mogelijkheid dat de eigendom op de wijze als omschreven in art. 5:1 lid 2 is beperkt – waarover hierna meer – wordt derhalve uitgegaan van een gebruiksrecht waaraan geen concrete grenzen zijn gesteld.

8.7 Zelf opgelegde eigendomsbeperkingen

Hoewel de gebruiksbevoegdheden in beginsel onbeperkt zijn, ondervindt een eigenaar beperkingen bij de uitoefening ervan, voortvloeiend uit de juridische gronden genoemd in art. 5:1 lid 2 BW. Het gebruik mag in de eerste plaats niet strijden met rechten van anderen. Ten tweede moet het gebruik plaatsvinden met inachtneming van beperkingen die voortvloeien uit wettelijke voorschriften en regels van het ongeschreven recht.⁴³

Bij de categorie ‘rechten van anderen’ gaat het in de goederenrechtelijke literatuur voornamelijk om die (persoonlijke of zakelijke) rechten waarmee de eigenaar zelf zijn eigendom heeft bezwaard. Het spreekt vanzelf dat als een eigenaar zijn zaak bijvoorbeeld verhuurt of in vruchtgebruik geeft, hij zelf de zaak niet meer mag gebruiken. Daar staat tegenover dat het verhuren of in vruchtgebruik geven zelf wel als een eigendomsuitoefening kan worden gezien, die ook inkomsten kan genereren. Men zou kunnen zeggen dat dergelijke beperkingen op de eigendom de keerzijde zijn van de exploitatie van de eigendom.⁴⁴

⁴¹ Van den Bergh 1979, a.w. noot 6, p. 18.

⁴² Zo begrijp ik Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 22. Vervolgens worden dan ook geen afzonderlijke bevoegdheden opgesomd.

⁴³ Vergelijk: Pitlo/Reehuis 2006, nr. 476-479; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 23-54; Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 179-187.

⁴⁴ Vergelijk: Brahn/Reehuis 2010, a.w. noot 25, nr. 17.

Men vindt in de goederenrechtelijke literatuur nauwelijks beschouwingen over eigendomsbeperkingen die niet door de eigenaar zelf zijn opgelegd, maar voortvloeien uit privaatrechtelijke rechten op andere objecten, zoals de intellectuele eigendomsrechten op ‘corpora mystica.’ We zullen zien dat dit men zich in de auteursrechtelijke literatuur wel bewust is van mogelijke botsingen van het auteursrecht met de eigendom van art. 5:1 BW.

8.8 *Beschikken gaat boven gebruiken*

De eigenaar mag over zijn zaak beschikken, dat wil zeggen zijn zaak vervreemden en bezwaren. Deze bevoegdheid staat niet vermeld in de wettelijke beschrijving van de eigendom, maar betreft een essentieel onderdeel van rechthebbendheid in het algemeen.⁴⁵ Enerzijds is dit een bevoegdheid die uit het eigendomsrecht van art. 5:1 BW voortvloeit, anderzijds is dit niet een bevoegdheid die specifiek is voor art. 5:1 BW.⁴⁶ De bevoegdheid om over een vermogensrecht te beschikken is een recht dat voortvloeit uit elk door het goederenrecht erkend vermogensrecht, en daarmee in de meest letterlijke zin ‘gemeen goederenrecht.’⁴⁷

Het licht voor de uitoefening van de beschikkingsbevoegdheid wordt voor de eigendom door art. 3:83 lid 1 BW op groen gezet: daaruit blijkt dat overdraagbaarheid niet alleen een bevoegdheid van de rechthebbende is, maar dat de overdraagbaarheid van de eigendom van art. 5:1 BW een niet weg te contracteren kenmerk daarvan is. De regel van artikel 3:83 lid 1 is in de wetgeschiedenis gemotiveerd met de opmerking ‘dat eigendom en beperkte rechten in beginsel in de handel dienen te blijven en dus in beginsel zowel voor overdracht als voor uitwinning vatbaar behoren te zijn.’⁴⁸ De overdraagbaarheid van de eigendom kan, zo blijkt verder, slechts beperkt zijn voor zover dit uit een formele wet voortvloeit.

De stelling dat voor het eigendomsrecht het beschikken wezenlijker is dan het bezwaren is afkomstig van Zwolve, met verwijzing naar rechtshistorische bronnen. Een eigenaar kan immers het gebruik uit handen geven, bijvoor-

⁴⁵ Pitlo/Reehuis 2006, nr. 470.

⁴⁶ Dat laatste zou men kunnen denken bij lezing van Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 177 en Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartelds 2008, nr. 18.

⁴⁷ Aantekening verdient dat volgens Van der Steur de bevoegdheid tot beschikken niet voortvloeit uit het eigendomsrecht maar een bevoegdheid is tot het eigendomsrecht, wat wil zeggen dat de beschikkingsbevoegdheid moet worden gekoppeld aan het toebehoren (de relatie rechtssubject-rechtsobject) van het eigendomsrecht en niet aan het eigendomsrecht zelf. Vergelijk Van der Steur 2003, a.w. noot 5, p. 19-20. Zie hierover: E.D.C. Neppelenbroek, ‘Dogmatisch purisme’, *NJB* 2006-32, p. 1840-1841.

⁴⁸ Parl. Gesch. Boek 3, p. 315.

beeld aan een vruchtgebruiker of een huurder. Het beschikkingsrecht blijft dan behouden.⁴⁹

8.9 Digitalisering, auteursrecht en de rol van de eigendom

Mijn commentaar op de bovengenoemde stellingen kan worden samengevat met een ‘tegen’stelling: uit de dogmatiek komt onterecht het beeld op dat het eigendomsrecht van boek 5 een recht van een hogere orde is dan andere (volledige) vermogensrechten. Deze antithese wordt geïllustreerd aan de hand van de auteursrechtelijke ontwikkelingen op het gebied van digitalisering.

De antithese ga ik als volgt onderbouwen. Eerst zal ik laten zien dat er ook aandacht kan worden besteed aan beperkingen op de eigendom die weliswaar privaatrechtelijk van aard zijn, maar niet door de eigenaar zelf zijn opgelegd. Ik zal dat illustreren aan de hand van de auteursrechtelijke discussie rond het *droit au respect*, waar, anders dan in de algemeen goederenrechtelijke sfeer, de botsingen tussen het recht van de auteur en dat van de eigenaar een veel gebruikelijker thema is. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan de afbakening tussen het eigendomsrecht en het auteursrecht, die plaatsvindt via de zogenoemde uitputtingsregel. Hier zal blijken hoe, gezien de ontwikkeling van digitalisering de drager, de uitputtingsregel en daarmee het vervreemding van het exemplaar voor informatieproducten steeds meer uit het vermogensrechtelijke blikveld verdwijnt. Daarna zal ik laten zien hoe ook het gebruik binnen het auteursrechtelijke domein is getrokken, zodat de eigendom van de drager geen panacee meer is voor het gebruik van het informatieproduct. Ten slotte komt kort de mogelijkheid aan de orde dat informatie alleen nog maar toegankelijk wordt gemaakt via computernetwerken. De weg ligt dan vrij om commentaar te leveren op de overige waarnemingen.

8.9.1 Het auteursrecht als eigendomsbeperking

Meijers heeft nog een andere eigendomsbeperkende categorie genoemd dan die hierboven aan de orde zijn gekomen: namelijk die waarbij de eigenaar door de zaak op een bepaalde wijze te gebruiken inbreuk zou maken op het recht van een derde, dat niet de zaak van de eigenaar maar iets anders tot object heeft.⁵⁰ Opvallend genoeg wordt uit eigendomspectief aan deze categorie van rechten van anderen zelden een goederenrechtelijke analyse gewaagd, terwijl de confrontatie van de eigendom met dergelijke rechten van anderen juist interessante interferenties met de eigendom aan het licht kunnen brengen. In deze categorie

⁴⁹ Zie onder meer: W.J. Zwalm, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 102-103.

⁵⁰ *Parl. Gesch. Boek 5*, TM bij art. 5.1.1.

valt bijvoorbeeld het auteursrecht, dat niet de zaak, maar een intellectuele prestatie (die eventueel is vastgelegd in een zaak) tot object heeft.

Het zou in deze bijdrage veel te ver voeren om alle potentiële raakvlakken van het eigendomsrecht met het auteursrecht uit te werken, maar bij wijze van voorbeeld gebruik ik (schetsmatig) het aan het eigendomsrecht te ontleen recht om wijzigingen aan te brengen aan een exemplaar (ook wel feitelijk beheer genaamd) en het raakvlak met de morele rechten van de auteur uit art. 25 lid 1 sub c en d.⁵¹ Op basis van dit *droit au respect* kan deze zich verzetten tegen handelingen van de eigenaar met het exemplaar waardoor het werk wordt gewijzigd, misvormd, verminkt of anderszins aangetast.⁵²

Het *droit au respect* levert een illustratie van de spanning tussen de bevoegdheden van de eigenaar en de auteur. Quaadvlieg heeft in het algemeen over het *droit au respect* gezegd dat de inhoud daarvan relatief is, wat hier wil zeggen dat de omvang van het recht niet anders worden vastgesteld dan na een afweging van belangen.⁵³ De noodzaak van een dergelijke belangenafweging blijkt reeds uit de bewoordingen van art. 25 sub c en d Aw. Artikel 25 sub c bepaalt dat de auteur zich mag verzetten tegen wijzigingen *voor zover dat redelijk is*. Voorts bepaalt art. 25 sub d Aw dat de een verzet tegen aantasting slechts mogelijk is *als deze nadeel kan toebrengen aan de eer of de goede naam van de auteur of aan zijn waarde in deze hoedanigheid*.

Quaadvlieg heeft deze relativisering van het auteursrecht met voorbeelden geïllustreerd. Soms betreffen deze de relatie tussen de maker van een werk en degene die op grond van een licentie of overdracht *auteursrechtelijke bevoegdheden* uitoefent. Dergelijke relativeringen van het *droit au respect* kunnen bijvoorbeeld impliciet of expliciet voortvloeien uit de contractuele relatie tussen de maker en licentienemer resp. auteursrechthebbende.⁵⁴

Het is mij echter niet te doen om de positie van die auteursrechtelijke actoren, maar om die van eigenaars, die soms ook rekening hebben te houden met de maker van het werk. Voor de eigenaar speelt het *droit au respect* bijvoorbeeld pregnant indien er sprake is van unieke of originele exemplaren (zoals

⁵¹ De feitelijke handelingen die ertoe strekken de integriteit van een stoffelijk exemplaar van een auteursrechtelijk beschermd werk te herstellen of te onderhouden, hetgeen stellig ook onder 'feitelijk beheer' kan worden begrepen, staan de eigenaar uiteraard vrij. Hetzelfde geldt voor normaal verbruik van exemplaren, zoals het 'stuk lezen' van boeken of het 'grijs draaien' van lp's.

⁵² Zie uitgebreid vanuit auteursrechtelijk perspectief onder meer: A.A. Quaadvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 369-385.

⁵³ Zie Quaadvlieg 1992, a.w. noot 52, p. 40-41. Hij trekt deze conclusie naar aanleiding van een analyse van rechtspraak waarin de belangen van de partijen altijd worden gewogen bij de vraag of een auteur zich op zijn *droit au respect* mag beroepen. Hij haalt in noot 90 op p. 40 met instemming de volgende beschouwing van Wachter aan in zijn noot onder NJ 1974, 61: 'Het is duidelijk dat het niet verenigd zijn in één persoon van de morele rechten op een immaterieel geestesprodukt en de rechten op het stoffelijke voorwerp zelf, leiden moet tot een belangenafweging.'

⁵⁴ Zie Quaadvlieg 1992, a.w. noot 52, p. 25-28.

schilderijen en beeldhouwwerken).⁵⁵ Hier zal het aanbrengen van veranderingen aan het exemplaar snel als een aantasting worden aangemerkt. Toch zijn ook hier relativeringen aan het *droit au respect* mogelijk. Deze kunnen samenhangen met de aard van het object. Eigenaars van bouwwerken hebben bijvoorbeeld enige ruimte nodig om de stoffelijke zaak te kunnen beheren.⁵⁶ Toch blijkt uit de jurisprudentie over dit onderwerp dat de wijzigingen aan een object snel als aantasting worden aangemerkt. Zo mogen eigenaars van gebouwen geen ongepaste zonweringen of sierbogen aanbrengen.⁵⁷

Bij exemplaren die niet uniek zijn moet volgens Van Lingen onderscheid gemaakt worden naar het al dan niet naar buiten treden van de wijziging.⁵⁸ Een particulier eigenaar mag gerust hem onwelgevallige passages uit een boek scheuren, als het boek in zijn bezit blijft. De boekverkoper (die zijn handelswaar als eigenaar verkoopt) die passages uit zijn voorraad van een bepaald boek heeft gescheurd mag deze voorraad niet in de handel brengen – dan treedt de wijziging naar het criterium van Van Lingen naar buiten. Het *droit au respect* beïnvloedt dan ook de omvang van zijn eigendom van niet-unieke zaken.

Quaadvlieg noemt de eigendom als het ‘prototype van een absoluut recht’.⁵⁹ Hij vergelijkt dat met de positie van de auteur in verband met zijn ‘*droit au respect*’, dat Quaadvlieg in een aantal opzichten ‘relatief’ acht, wat in dit verband dus betekent dat de omvang ervan door een belangenafweging moet worden vastgesteld. Als men de problematiek benadert vanuit eigendomspectief, dan blijkt dat de eigendom op dezelfde manier door het *droit au respect* wordt gerelativeerd (en dus beperkt) als andersom. Het uitgangspunt van de eigendom is immers dat het de eigenaar vrijstaat elke gebruikshandeling te verrichten die hij maar kan bedenken. Hier blijkt echter dat net zomin als dat de eigenaar zonder de benodigde vergunningen op zijn terrein schuurtjes mag aanbouwen of bomen mag kappen, hij elk denkbare wijziging mag aanbrengen aan de integriteit van objecten die auteursrechtelijke bescherming genieten. Deze beperking is niet afkomstig van een recht van een ander dat hij zelf heeft aangebracht, maar van een recht van een ander op een geheel ander rechtsobject, te weten het auteursrecht op het werk. De bepaling van de omvang van de eigendom vindt hier net zo goed plaats via een belangenafweging en het eigendomsrecht is dus, in Quaadvliegs termen, net zozeer relatief. De omvang van het ei-

⁵⁵ Spoor, Verkade & Visser 2005, a.w. noot 53, p. 369; Quaadvlieg 1992, a.w. noot 52, p. 37.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld C.A. Adriaansens, *Auteursrecht van de architect*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 27-46.

⁵⁷ Zie Pres. Rb. Leeuwarden 12 juli 1988, *BR* 1988, p. 867 respectievelijk Rb. Assen, 17 november 1992, *BR* 1993, p. 845 waarover Adriaansens 1999, a.w. noot 57, p. 32-35.

⁵⁸ N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters Noordhoff 2007, p. 119. Hij geeft als voorbeeld het geval dat een eigenaar een pagina uit zijn boek scheurt (geen inbreuk) en het geval dat een uitgever een boek met een ontbrekende pagina laat drukken (wel inbreuk). Het laatste betreft een geval waarin de handelende persoon niet als eigenaar, maar als auteursrechthebbende/licentienemer handelt. Daarom heb ik het voorbeeld van Van Lingen aangepast om te laten zien dat niet alleen auteursbevoegdheden, maar ook eigenaarsbevoegdheden met betrekking tot niet-unieke stoffelijke exemplaren relatief zijn.

⁵⁹ Quaadvlieg 1992, a.w. noot 52, p. 39.

gendomsrecht is in deze gevallen het resultaat van een belangenafweging en spiegelbeeldig aan de omvang van het droit au respect.

8.9.2 Uitputting, beschikken en digitalisering

De bevoegdheid tot vervreemden van de eigen zaak is vanuit het eigendomsrecht een vanzelfsprekendheid. Deze handeling heeft echter ook een auteursrechtelijke dimensie, namelijk dat door de verdere verspreiding het exemplaar een nieuw publiek bereikt. Men zou vanuit dit perspectief kunnen menen dat de verdere vervreemding een handeling is die onder het exclusieve openbaarmakingsrecht van de auteur behoort te vallen. Door de werking van de auteursrechtelijke uitputtingsregel valt echter deze verdere verspreiding erbuiten.

De uitputtingsregel is in art. 12b Aw als algemene regel neergelegd en luidt als volgt.

‘Indien een exemplaar van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst door of met toestemming van de maker of zijn rechtverkrijgende voor de eerste maal in een van de lidstaten van de Europese Unie of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in het verkeer is gebracht door eigendomsoverdracht, dan vormt het anderszins in het verkeer brengen van dat exemplaar, met uitzondering van verhuur en uitlening, geen inbreuk op het auteursrecht.’

De regel, die oorspronkelijk in de jurisprudentie is ontwikkeld, houdt in dat wanneer een exemplaar van een beschermd werk eenmaal rechtmatig in het verkeer is gebracht, de voortgezette verspreiding (distributie) van dat exemplaar vrij is.⁶⁰ Als iemand bijvoorbeeld een muziek cd in een winkel heeft gekocht, dan mag hij die doorverkopen en de eigendom ervan aan een ander overdragen. Die verdere verspreiding valt niet meer onder het openbaarmakingsrecht van de auteursrechthebbende. Zou deze op de cd's de mededeling hebben laten afdrucken dat de verdere vervreemding ervan niet is toestaan, dan mag de verkrijger van de cd deze bepaling gewoon negeren. De onmogelijkheid voor de auteur om door contractuele maatregelen de werking van de uitputting te blokkeren wordt in de literatuur wel de automatische werking van de uitputtingsregel genoemd.⁶¹

In Nederland hebben al enige tijd geleden Cohen Jehoram en Spoor een verschillende visie verdedigd over de betekenis van de uitputtingsregel. Cohen Jehoram presenteert de uitputtingsregel als een principe dat als normatief richtsnoer heeft te dienen om het auteursrecht in te perken en van de eigendom te

⁶⁰ Voor het Nederlandse recht is de uitputtingsleer onder meer ontwikkeld in de arresten HR 25 januari 1952, *NJ* 1952, 95 (Leesportefeuille); HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 280 (Stemra/FRS). Zie nader Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 183 e.v.

⁶¹ Zie over het onderscheid facultatieve/automatische uitputting F.W. Grosheide, ‘Uitputting van intellectuele eigendomsrechten’, in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki, *Molengrafica. Europees Privaatrecht 1997. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

scheiden.⁶² Spoor daarentegen beschouwt de uitputting veeleer als een gevolg van het verschijnsel dat het auteursrecht (eerder op praktische dan op principiële gronden) niet onbeperkt is.⁶³

Uit de door Spoor gevolgde benadering van de uitputtingsregel blijkt dat aan de eigendom van het exemplaar als zodanig geen argument kan worden ontleend bij de bepaling van de inhoud van het auteursrecht. Andersom is juist de omvang van de eigendom het gevolg van de invulling van het auteursrecht. Toch blijft er spanning tussen de rechten bestaan, ook als men als ratio van de uitputtingsregel, de term eigendom vermijdt, 'het vrije verkeer van goederen' noemt.⁶⁴ Dit vrije verkeer kan in hoge mate worden gelijkgesteld aan de vervreemdingsvrijheid, die als essentieel voor de eigendom wordt beschouwd. Het recht om een exemplaar te vervreemden blijft buiten het schootsveld van het auteursrecht.⁶⁵

Intussen is het wel duidelijk dat de wetgever een 'inherente waarde' van de eigendom niet bepalend laat zijn bij de bepaling van de strekking van de uitputting. De invoering van het verhuur- en leenrecht maakt bijvoorbeeld deel uit van een dynamiek binnen de regelgeving om de positie van de auteur te versterken, terwijl het recht de eigen zaak te verhuren een heel normale eigendomsuitoefening is. In latere beschouwingen is omstandig ingegaan op de mogelijke juridische grondslagen van de uitputtingsregel (zoals de informatievrijheid).⁶⁶ Deze hebben alle met elkaar gemeen dat de eigendomstheorie zoals door Cohen Jehoram werd verdedigd, door het merendeel der schrijvers is verlaten.

De eigendom en de bevoegdheid erover te beschikken raakt nog verder buiten het blikveld als het gaat om digitalisering. De reikwijdte van de uitputtingsregel wordt namelijk beperkt tot de stoffelijke distributie van exemplaren door eigendomsoverdracht.⁶⁷ Van uitputting kan in de ogen van de wetgever kennelijk geen sprake zijn bij de elektronische verspreiding van kopieën van een werk. Dit strookt met het systeem van de Auteursrechttrichtlijn, waarin een scherpe dichotomie wordt gemaakt tussen het distributierecht enerzijds (art. 4 Auteursrechttrichtlijn) en het recht van mededeling van werken aan het publiek

⁶² H. Cohen Jehoram, 'Uitputting in het auteursrecht', *Informatierecht/AMI* 1987-2, p. 27-29. Vergelijk voor een met de benadering van Cohen Jehoram vergelijkbare benadering in het Duitse recht de grondliche analyse van: C. Berger, 'Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB', *Archiv für die civilistische Praxis* 2001, p. 411-450.

⁶³ J.H. Spoor, 'Zijn de kalenders rechtmatig in het koninkrijk gewijzigd? Uitputting van intellectuele eigendomsrechten', *BIE* 1985 nr. 6-7, p. 242-247. en (ook in reactie op Cohen Jehoram) J.H. Spoor, 'Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, met name in het auteursrecht', in: *CIER-lezingen 1988-1989*, Utrecht: Molengraaff-instituut 1990, p. 61-68.

⁶⁴ Spoor 1985, a.w. noot 63, p. 246.

⁶⁵ Buiten overigens de gevallen dat het auteursrecht nog niet is uitgeput ofwel het een kopie betreft, vervaardigd voor eigen gebruik.

⁶⁶ Zie onder meer: D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997, p. 104-105; Grosheide 1997, a.w. noot 61, p. 270-275; P.B. Hugenholtz, 'Adapting copyright to the information superhighway', in: P.B. Hugenholtz & E.J. Dommering (red.), *The future of copyright in a digital environment*, Den Haag: Kluwer law international 1996, p. 95-98.

⁶⁷ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 185.

(art. 3 Auteursrechtlijn). Bij het eerste recht is uitputting mogelijk; bij het tweede recht uitdrukkelijk niet (art. 3 lid 2 Auteursrechtlijn). Overweging 29 bij de richtlijn maakt onomwonden duidelijk dat ook de elektronische verspreiding als een dienst in de zin van deze richtlijn wordt beschouwd en dat daarom de uitputtingsregel niet kan gelden.⁶⁸

Dit betekent dat de gebruiker die bijvoorbeeld een stukje muziek downloadt dan wel eigenaar is van de drager waarop de muziek wordt vastgelegd, maar dat het recht om de muziek verder te verspreiden niet aan de eigendom van de drager kan worden ontleend (zoals voorheen wel het geval was bij bijvoorbeeld het doorverkopen van een langspeelplaat).

8.9.3 Digitalisering en de auteursrechtelijke licentiëring van gebruik

Traditioneel liet het auteursrecht het gebruik door de verkrijger van een exemplaar binnen zekere grenzen vrij. Een gebruiker mag het boek lezen, de langspeelplaat beluisteren et cetera, mits hij de grenzen van het auteursrecht respecteert. Het gebruik kon op het eigendomsrecht van de drager worden gebaseerd. We zagen hierboven al dat er spanningsvelden tussen auteursrecht en eigendomsrecht bestaan, maar dat heeft tot voor kort niet afgedaan aan de mogelijkheid om het auteursrecht en de eigendom als subjectieve rechten volkomen los van elkaar te zien.⁶⁹

Gezien de ontwikkeling van digitalisering en de daardoor ontstane mogelijkheden tot het maken van kopieën en de intensivering van het gebruik daarvan heeft het auteursrecht een ongekend bereik gekregen. Deze reikwijdte is voor het informatieproduct software onderwerp geweest van een uitgebreide discussie.⁷⁰ Ik heb daarin betoogd dat het voor het gebruik van de software noodzakelijke laden van het computerprogramma in het werkgeheugen van de computer dient te worden aangemerkt als een auteursrechtelijk relevant handelen. Uit art. 45i en 45j Aw is afgeleid dat de rechtmatigheid van de verkrijging van de software afhankelijk is van de verkrijging van een licentie waarin is bepaald dat er van de software gebruik mag worden gemaakt en hoe. Daardoor heeft het auteursrecht een basis gelegd voor gebruikslicentieverlening.⁷¹

⁶⁸ Overweging 29 luidt: 'Het vraagstuk van uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten. Dit geldt eveneens voor een materiële kopie van een werk of een andere zaak, die door een gebruiker van een dergelijke dienst met de toestemming van de rechthebbende wordt vervaardigd (...).' Tjong Tjin Tai is zeer kritisch over deze overweging. Zij hoeft naar zijn opvatting allermist te stroken bij de rechtspraak van het Europese Hof. Zie: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Exhaustion and online delivery of digital works', *EIPR* 2003-5, p. 208.

⁶⁹ Vergelijk vanuit het auteursrecht: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 15; Van Ling 2007, a.w. noot 58, p. 54, 88; vanuit het goederenrecht: Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 28; Pitlo/Reehuis 2006, nr. 5.

⁷⁰ Zie in algemene zin bijvoorbeeld: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 589 e.v.

⁷¹ E.D.C Neppelenbroek, 'Software: De auteur, de verkrijger en derden,' *AMI* 2006-4, p. 109-118 [hier hoofdstuk 3]. Zie over de regel van art. 45i Aw en de uitzondering van art.

Met deze uitbreiding van de reikwijdte is er een breuk met het traditionele auteursrecht opgetreden. Hier is het namelijk niet het auteursrecht dat grenzen stelt aan de vrijheid van de eigenaar om van zijn exemplaar gebruik te maken. Hier verleent de auteur aan de verkrijger een licentie zonder welke het gebruik van de verkrijger van de software zonder meer niet rechtmatig zou zijn. Hierdoor wordt het belang van de eigendom van het software-exemplaar op een weinig interessant tweede plan gedrukt. Er is dan geen sprake meer van een bepaald evenwicht tussen het auteursrecht en de eigendom: het gebruik is volledig afhankelijk gesteld van de voorwaarden die de auteur stelt. Niet de eigendom, maar de licentie is het 'meest omvattende recht' dat de verkrijger van software kan hebben. De aanschaf van software betekent dan ook in de eerste plaats het verlenen of overdragen van een licentie voor het gebruik van software. Ook de toepassing van de uitputtingsregel voor software wordt niet meer aan de eigendomsverrijking van een exemplaar gehangen. Het Hof van Justitie heeft in de recente uitspraak *Usedsoft/Oracle* uitgemaakt dat ook bij een download van software de uitputtingsregel van toepassing is mits de gebruikslicentie voor onbepaalde tijd is verleend tegen een koopprijs. Daarmee heeft het Hof voor de software-richtlijn de uitputtingsregel afwijkend geïnterpreteerd, in Europa ten opzichte van art. 3 lid 2 Auteursrecht-richtlijn en in Nederland ten opzichte van art. 12b Aw.⁷²

Uit de opmerking van de commissie Auteursrecht uit de Tweede Kamer, dat inhoud belangrijker is dan de drager en dat daar een licentiesysteem bij hoort als verdienmodel, blijkt dat ook voor andere digitale informatieproducten dan software de eigendom van het exemplaar uit beeld kan raken. Bij informatieproducten die hun regeling vinden in de Auteursrecht-richtlijn, geïmplementeerd in de Auteurswet, kan daarvoor een auteursrechtelijke grondslag worden gevonden. De eigenaar van een exemplaar kan daar wijzen op de uitzonderingsbepaling van art. 13a Aw, waaruit zou voortvloeien dat die reproductiehandelingen die uitsluitend in het kader van het gebruik van het informatieproduct worden verricht, geen inbreuk op het verveelvoudigingsrecht van de auteur zullen opleveren. Daarbij moet echter gewezen worden op de bijkomende eis dat deze reproductiehandelingen voor de auteur geen economische waarde vertegenwoordigen. Als dat wel het geval is, komt het gebruik van de andere auteursrechtelijk beschermde informatieproducten in de auteursrechtelijke sfeer te liggen. Het door de tweede Kamercommissie genoemde licentiemodel kan hierop worden geba-

45j Aw voor het Nederlandse recht verder: Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 594 e.v. en P.C. van Schelven, H. Struik & W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht: bescherming en gebruik van programmatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 155 e.v. Zie voorts: E.D.C. Neppelenbroek: 'Over de verkrijger van software en over het neerhalen van een schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht.' [hier hoofdstuk 2]

⁷² HvJ 3 juli 2012, zaak C128/11. Zie over de verbintenisrechtelijke kwalificatie: E.D.C. Neppelenbroek, 'De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht,' *VrA* 2005-2, p. 4-28 [hier hoofdstuk 4]. Vergelijk hierbij Struik, Van Schelven en Hoorneman 2010, a.w. noot 71, p. 159 die bij de verkrijging van software juist de eigendoms-overdracht van de drager in het vermogensrechtelijke middelpunt zetten.

seerd. Ook in dergelijke gevallen lijkt de relatie tussen de auteur en de verkrijger volledig “verauteursrechtelijk.”

8.9.4 Toegang in plaats van licentie

Informatie kan niet alleen per auteursrechtelijke gebruikslicentie worden verhandeld. De term licentie is neutraal, en niet alleen toepasbaar indien er sprake is van bescherming op grond van een exclusief IE-recht. Het bijzondere dat hierboven is aangetoond dat als het auteursrecht het vehikel wordt van de gebruikslicentieverleningen, dit de eigendom van het exemplaar wegdrukt. Als dit IE-recht ontbreekt, dan staat het de verkrijger van de informatie op zich vrij deze te gebruiken, buiten eventuele verbintenisrechtelijke afspraken zoals geheimhoudingsverplichtingen. Als men wil kan men in dat geval zeggen dat de verkrijger buiten deze eventuele afspraken als eigenaar van zijn drager-met-informatie gebruik mag maken.

De online wereld maakt het echter ook mogelijk om de gebruiker van informatie de beschikking van een kopie te ontfangen. De gebruiker krijgt dan niet meer dan een recht op toegang tot het informatieproduct, dat raadpleegbaar en te gebruiken is vanaf het computernetwerk van de aanbieder. Voor ‘software as a service’ worden aanbieders van online toegangsdiensten ook wel application service providers of genoemd. De gebruiker kan voor het recht op toegang periodiek per abonnement of per gebruik betalen. Ook voor andere informatie-diensten ontstaat een dergelijke toegangswereld, zoals wel blijkt uit de casus over de E-books die in de inleiding is beschreven naar aanleiding van het commentaar in *NRC Handelsblad*. Uiteindelijk ontstaan zelfs virtuele voorwerpen die in virtuele werelden van hand tot hand gaan. Dat deze voorwerpen naar geldend recht niet met echte stoffelijke zaken moeten worden verward (en het recht erop al helemaal niet met het eigendomsrecht), betoogde ik al elders. Mobiel internet kan deze ontwikkeling versnellen.⁷³

8.10 Commentaar op de waarnemingen

8.10.1 Geen bevoorrechte plaats

De eigendom heeft traditioneel in het vermogensrecht een bijzondere positie. Als men de theorieën van De Jong en Struycken erbij pakt, dan lijkt het alsof de eigendom van een andere orde is dan andere vermogensrechten.

⁷³ E.D.C. Neppelenbroek, ‘Het drakenzwaard of: virtuele goederen als vorderingsrecht uit online-contracten,’ AA 2006, p. 24-32; Over mobiel internet: De minister in zijn brief als antwoord op de Commissie Auteursrechten, *Kamerstukken II* 2009/10 29 838, nr. 22, p. 12-13.

Als men echter het vermogensrecht breder neemt dan het gekende uit het Romeinse recht, en met name inclusief de IE-rechten (waarvan hier het auteursrecht als het belangrijkste voorbeeld werd gebruikt), dan is het helemaal niet meer zo logisch om de eigendom zo centraal te stellen. Niet alleen neemt het absolute en relatieve belang van het auteursrecht toe, maar het is maar de vraag of wat als kenmerken van het eigendomsrecht wordt aangemerkt, zo maar geïmplementeerd kan worden in die andere delen van het vermogen (en dus vermogensrecht).⁷⁴

Struycken bouwt het beginsel van de *numerus clausus* op – onder meer – vanuit de gedachte dat onsplitsbaarheid een kenmerk is van ‘het’ subjectieve recht. Uit zijn voorbeelden blijkt echter dat hij vrijwel uitsluitend het oog heeft gehad op het materiële eigendomsrecht. Als hij het auteursrecht als enig voorbeeld had genomen dan zou opsplitsbaarheid van subjectieve rechten een stuk vanzelfsprekender zijn geweest.⁷⁵ Ingevolge art. 2 Aw is het auteursrecht immers niet alleen volledig, maar ook gedeeltelijk overdraagbaar. In de literatuur wordt aangenomen dat partijen in beginsel vrij zijn om het auteursrecht in gewenste partjes op te splitsen.⁷⁶

De Jong ziet in de stoffelijke zaak als rechtsobject de oorsprong van de eigendom; andere rechtsobjecten zijn in zijn periferie ontstaan door reïficatie. Op een of andere manier is de stoffelijke zaak ‘echter’ dan andere rechtsobjecten. Als bijvoorbeeld auteursrecht rust op een boek (als werk) dan vindt De Jong dat boek zo immaterieel dat het geen rechtsobject kan worden genoemd. In plaats daarvan spreekt De Jong van een eigendomsrecht (het subjectieve recht) op het auteursrecht (het rechtsobject). Naar mijn mening miskent De Jong aldus het concrete karakter van het auteursrechtobject: het (vorm gekregen) werk (het boek, het schilderij, de software, de popsong). Dat deze werken geen zaak zijn maakt ze nog geen goederenrechtelijk fantoom dat naar de auteursrechtelijke buitengewesten moet worden gebannen. Het auteursrecht als subjectief recht is niet iets gereïficeerds, iets wat slechts in de periferie van de werkelijke dingen is ontstaan. Het auteursrecht-op-werken is net als het eigendomsrecht-op-zaken uit

⁷⁴ Hier is een verwijzing op haar plaats naar een jammer genoeg mislukt project voor de regeling van de vermogensrechtelijke (vooral: contractenrechtelijke) aspecten van de intellectueel eigendomsrechten in een te vervaardigen boek 9 BW. Zie hierover bijvoorbeeld het themanummer van *NTBR* 1995/9-10, p. 213-254. Zie over het economische belang van het auteursrecht: J. Leenheer en J. Theeuwes, ‘De economische omvang van het auteursrecht in Nederland internationaal vergeleken,’ *AMI* 2009/4, p. 139-141, waaruit onder meer blijkt dat het auteursrecht 5,9 % van het BNP uitmaakt.

⁷⁵ Op dit punt kan ik de analyse delen van De Jong, die met verwijzing naar Kohler de nadruk legt op de ‘fundamentele Unterschiede’ tussen het ‘stoffelijke’ eigendomsrecht en het ‘intellectuele’ eigendomsrecht. De Jong, a.w. noot 26, p. 142. Die analyse laat zich waarnemen als een geanticiperde kritiek op de eenzijdige nadruk op het eigendomsrecht op zaken als voorbeeld van ‘het’ subjectieve recht door Struycken. Dit punt wordt dan ook, los van de gevolgtrekkingen die hij maakt, terecht door De Jong naar voren gebracht.

⁷⁶ Spoor, Verkade en Visser 2005, a.w. noot 52, p. 427; B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht* (diss. Utrecht) Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 486 e.v.

juridische behoefte in het objectieve recht ontstaan en staat daarmee op goederenrechtelijk gelijke hoogte. Sniijders treft naar mijn mening de kern van de zaak als hij in reactie op De Jong verklaart: ‘In de huidige maatschappij zijn vermogensrechten aanzienlijk belangrijker geworden dan stoffelijke objecten, waaraan in het goederenrecht dan ook niet meer de klassieke centrale positie toekomt, onverschillig of ze roerend of onroerend zijn.’ Volgens Sniijders is juist ‘dereïficatie’ nodig.⁷⁷

De grote verdienste van de analyse van Van der Steur (in dit verband) is dat zij eigendomsrecht van boek 5 BW op hetzelfde niveau plaatst als de andere vermogensrechten en niet erboven.⁷⁸ Ook Biemans relateert het centrale belang van de zaak in het goederenrecht.⁷⁹ De vooronderstelling dat de eigendom een bevoorrechte plaats heeft in het vermogensrecht, dient te worden verlaten. Dat de eigendomsrechten als eerste genoemd worden is enkel traditie. Overigens zal door mij niet gezegd zijn dat het eigendomsrecht in het economische verkeer ineens onbelangrijk zou zijn geworden. Ik zal het mijn beginnende studenten ook niet aandoen om te proberen het vermogensrecht aan de hand van software in plaats van de eerder genoemde stoel uit te leggen...

8.10.2 De eigendom is inderdaad abstract

Als tweede kenmerk van het eigendomsrecht werd het abstracte karakter ervan aangeduid. Deze waarneming over de eigendom acht ik correct. Art. 5:1 lid 2 BW geeft de eigenaar geen specifieke bevoegdheden.

Dit maakt het eigendomsrecht inderdaad bijzonder. Waar het auteursrecht in tijd en naar bevoegdheden is afgebakend, is het eigendomsrecht in beginsel zo eindeloos als het object is en zo onbeperkt als het objectieve recht het toelaat. Maar in dat laatste zit hem nu juist de kneep. Dat de eigendom abstract is betekent namelijk ook dat er geen reden bestaat om veranderingen in het objectieve recht tegen te houden omdat deze zouden stuiten tegen een positieve inhoud van het eigendomsrecht. Men kan bijvoorbeeld niet zeggen: het auteursrecht zou zich niet mogen uitstrekken tot dit gebruik van het informatieproduct, want dit hoort bij de eigenaarsbevoegdheden. De eigenaarsbevoegdheden bestaan alleen bij de gratie van het feit dat het objectieve recht het gebruik niet in

⁷⁷ W. Sniijders, ‘Boekbespreking: Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen,’ 2006, *WPNR* (2006) 6689.

⁷⁸ Zie de eerste stelling bij het proefschrift van Van der Steur. Dit staat er los van dat ik het begrip goed, anders dan Van der Steur, liever zou reserveren voor de *objecten* waarop vermogensrechten kunnen rusten. Ik heb gepleit voor een brede opvatting van wat onder het begrip rechtsobject kan vallen in: E.D.C. Neppelenbroek, ‘De juridische positie van de dief van toegang tot een virtuele amulet. Over de brug tussen diefstal en inbezitneming,’ *RM Themis* 2011/6, p. 266-267.

⁷⁹ Het meest nadrukkelijk in: J.W.A. Biemans, ‘Van zaken-recht naar goederen-recht: over de zorgplicht van de pandhouder, eigendomsvoorbehoud, reclamerecht, revindicatie en andere zaken’ *AA* 2009, p. 320-330.

de weg staat. Deze negatieve bevoegdheidsbepaling maakt het eigendomsrecht bijzonder kwetsbaar en zelfs tot nul reduceerbaar, zoals het geval is bij software. We zagen daar immers dat het gebruik van de software in de auteursrechtelijke sfeer is getrokken.

8.10.3 Eigendomsbeperkingen van anders gerechtigden

Zolang in het goederenrecht de gedachte heerst dat beperkingen op de eigendom door ‘rechten van anderen’ uitsluitend door de eigenaar zelf opgelegde beperkingen zijn, blijven belangrijke juridische ontwikkelingen onderbelicht. Uit de schetsmatige beschrijving bleek dat deze manier van kijken vanuit het auteursrechtelijke perspectief wel degelijk gebruikelijk is, maar ook enigszins eenzijdig. Deze beperkingen dienen dan ook in het goederenrechtelijke blikveld komen te vallen: eigendomsbeperkingen door rechten van anderen zijn juist ook afkomstig van anders gerechtigden, zoals auteursrechthebbenden.

Het lijkt geen toeval dat juist Van der Steur uit goederenrechtelijk perspectief een koppeling maakt tussen het recht van de softwareverkrijger en art 5:1 lid 2 BW. Zij ziet de beperkingen die uit het auteursrecht voortvloeien wel, en dit zou met haar wijde blik op het vermogensrecht te maken kunnen hebben. Toch blijven ook bij haar eigendomsrecht en zaak zelfs bij het gebruik van software nog in beeld, wat gezien de benodigde licentie, die volgens haar nodig is om ‘daadwerkelijk’ van de software gebruik te mogen maken, moeilijk valt te verklaren.⁸⁰

8.10.4 Gebruiken is belangrijker dan beschikken

Volgens Zwalm is beschikken een belangrijker aspect van het eigendomsrecht dan het gebruiken.⁸¹ Hij heeft gelijk dat de eigenaar zich door beheers- of beschikkingshandelingen het gebruik kan ontfangen. Ik zou het verhuren en in vruchtgebruik geven kwalificeren als een daad is die een eigenaar als volledig gebruiksbevoegde kan verrichten. Tegenover dat loslaten van het gebruik staat een vergoeding. De prijs voor een te verkopen in vruchtgebruik gegeven zaak zal lager uitvallen omdat de opvolgende verkrijger als bloot eigenaar de zaak niet zelf mag gebruiken. Hoe minder inhoud het vermogensrecht heeft, hoe minder waarde dat recht heeft in het economisch verkeer.

Bezien we de auteursrechtelijke ontwikkelingen in het kader van de digitalisering, dan wordt het steeds vaker de vraag of het hebben van een zaak het gebruik van de er op vastgelegde informatie rechtvaardigt. Als het auteursrecht het gebruiksrecht zelfs tot nul reduceert, dan is het eigendomsrecht obsoleet geworden. Dat is precies wat gebeurd is met software en wat staat te gebeuren

⁸⁰ Van der Steur 2003, a.w. noot 5, p. 178-179.

⁸¹ Zie noot 49.

met andere informatieproducten. Daarom zou ik deze stelling om willen draaien: kijk eerst of de zaak een gebruiksrecht oplevert voordat je aanneemt dat het recht om erover te beschikken iets voorstelt. Vooropgesteld dat gezien de beperkte reikwijdte van de uitputtingsregel het recht om het eigendomsrecht verder over te dragen überhaupt bestaat.

8.11 Enkele rechtspolitiek getinte opmerkingen

De manier waarop eigendomsrechten en andere vermogensrechten in het goederenrecht aan rechtssubjecten zijn toebedeeld kan niet los worden gezien van macht en politiek. Nu ben ik geen politicus en is dit stuk tot nu toe als ‘reine Rechtslehre’ bedoeld. Op deze plek voeg ik toch enige meer rechtspolitiek getinte opmerkingen toe. Als het kabinet van plan is om een licentiemodel voor alle denkbare digitale informatieproducten te faciliteren met een downloadverbod, kan het geen kwaad in herinnering te roepen hoe het er in het analoge tijdperk aan toe ging.⁸² Daar hadden gebruikers namelijk de beschikking over de drager met de informatie. Op grond van de begrenzingen van het auteursrecht (en de techniek), was het de drager als rechtsobject van het eigendomsrecht die de verkrijger van het informatieproduct (de langspeelplaat; het exemplaar van het boek) een zelfstandige vermogensrechtelijke positie gaf.

Met een licentiemodel (of deze nu een auteursrechtelijke invulling heeft of wordt afgedwongen via toegangsconstructies) creëert men tegelijkertijd afhankelijkheid van de content provider. Ik roep nogmaals het in de inleiding genoemde commentaar van *NRC Handelsblad* betreffende de door de content provider weggehaalde romans van de e-reader in herinnering. Zijn die boeken zomaar weg te halen als de ‘rechten’ daarop door de uitgever niet goed geregeld zijn?

Dit terwijl de Kamercommissie het licentiemodel eigenlijk alleen als voordelig voor de gebruiker presenteert. De gebruiker krijgt immers maar liefst een volledige thuislicentie zodat de gebruiker de informatie op al zijn apparaten kan afspelen. De commissie vindt verder dat licenties voor films, muziek en software los van de drager gekocht dienen te kunnen worden, ‘hetgeen een eenmalige aanschaf verzekert.’⁸³ Dit staat echter los van de kwalificatie van de licentie, die in het auteursrecht algemeen als een vorderingsrecht wordt beschouwd. Wat gebeurt er met de licentie als de licentiegever het auteursrecht

⁸² De constructie in de verleden tijd is gekozen om twee modellen te onderscheiden. Het is natuurlijk niet zo dat informatiedragers helemaal verleden tijd zijn. Interessant is bijvoorbeeld dat muziek voor de liefhebber steeds vaker ook op vinyl wordt uitgebracht. Zie het artikel in de Volkskrant van 20 oktober 2011: ‘Verkoop van “aloude elpee” stijgt met 40 procent,’ (over verkoopcijfers in het Verenigd Koninkrijk). Zie: <<http://www.volkskrant.nl/vk/nl/3380/muziek/article/detail/2978941/2011/10/20/Verkoop-van-aloude-elpee-stijgt-met-40-procent.dhtml>>, geraadpleegd op 22 december 2011.

⁸³ *Kamerstukken II* 2009/10 29 838, nr. 19, p. 28 en 37.

overdraagt, of als deze failliet gaat?⁸⁴ Toen ik de langspeelplaat nog had wist ik dat ik niets met een content provider te maken had.

Naar mijn mening zou het verlies van deze onafhankelijkheid in de rechtspolitieke overwegingen een rol moeten spelen. Hoe wenselijk is het nu werkelijk dat deze feodaal aandoende structuren worden ingevoerd? Hoeveel macht moet de content-provider op de gebruiker kunnen blijven uitoefenen? Wat is daarbij de rol van de grondrechten met betrekking tot privacy en informatie-vrijheid?⁸⁵ Door deze vragen bij de discussie te betrekken kan op een betere manier uitdrukking worden gegeven aan een zekere weerstand tegen deze ontwikkeling dan het al te simpele, maar vaak gehoorde: 'Ik moet toch gewoon alles kunnen downloaden.'

Als men de eigendom meer ziet in termen van afhankelijkheidsrelaties, dan komen snel discussies uit de vorige eeuw in het blikveld. Soms werd daar op meer socialistisch georiënteerde gronden betoogd dat voor sommige zaken op grond van solidariteitsgronden meer afhankelijkheid van de overheid (verticaal) zou moeten worden gecreëerd.⁸⁶ Het grondrecht op eigendom beoogt in de eerste plaats de macht van de overheid jegens de eigenaar af te bakenen.

In de huidige situatie is het juist opvallend dat afhankelijkheid gecreëerd wordt in horizontale zin: de gebruiker wordt afhankelijk van een private actor, de content provider. Het grondrecht op eigendom kan hier niet gebruikt worden door de gebruiker als de content provider zich evengoed op een eigendom (zoals het auteursrecht) kan beroepen.

Ik acht het denkbaar dat niet alleen bij informatieproducten, maar ook bij andere gebruiksvoorwerpen een dergelijke afhankelijkheid kan toenemen. In dit verband ware het bijvoorbeeld interessant in het kader van de ecologisering de theorie die bekend staat als 'cradle to cradle' te onderzoeken. In die theorie wordt de eigendom van gebruiksproducten vervangen door het begrip 'dienst-product,' waarbij de economische macht (de juridische eigendom) bij de producent (dus weer een private actor) wordt gelegd.⁸⁷ Men koopt dan geen stoel meer maar men 'least' zituren, waarna de stoel weer bij de producent moet worden ingeleverd. Het valt buiten het bereik van deze bijdrage om hier nader op in te gaan.

⁸⁴ Zie voor een beschouwing rond deze problematiek speciaal rond software: E.D.C. Neppe-lenbroek, 'De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever,' *TvI* 2011/5, p. 152-165 [hier hoofdstuk 6].

⁸⁵ In de brief van de minister met de reactie van het kabinet op het rapport van de Commissie Auteursrechten wordt de vraag naar de wenselijkheid van het verbod op downloaden van informatie terecht mede gezet in de sleutel van het recht op privacy. Zie: *Kamerstukken II* 2009/10 29 838, nr. 22, p. 13. Dit is eveneens het geval voor de door de tweede kamer aangenomen motie tegen het downloadverbod (29 838, nr. 41).

⁸⁶ Aldus Van Maanen 1987, a.w. noot 22.

⁸⁷ M. Braungart en W. McDonough, *Cradle to cradle. Afval = voedsel*, Heeswijk: Search Knowledge 2007, p. 137-139.

8.12 Slot

Aan de hand van de auteursrechtelijke ontwikkelingen op het gebied van digitalisering heb ik in dit stuk laten zien dat de ‘materiële’ eigendom geen recht van een andere orde is dan alle andere vermogensrechten. Het begrip ‘goed’ en daarmee het goederenrecht moet breed worden benaderd. Op verschillende manieren stellen Struycken en De Jong de stoffelijke eigendom al te zeer voorop. De manier waarop Van der Steur het goederenrecht in de steigers heeft gezet biedt op dit punt wel een adequate benadering, nu daar de eigendom naast en niet boven alle andere vermogensrechten wordt gesteld.

De opmerking van de tweede Kamercommissie dat de inhoud van informatieproducten als muziek belangrijker is dan de drager, en dat daarbij een licentiemodel hoort, duidt op een ontwikkeling waarbij op bepaalde gebieden de rechthebbendheid van de verkrijger van een product niet meer gebaseerd kan worden op de eigendom. In deze bijdrage is aandacht gevraagd voor wat daar dan voor in de plaats komt. De eigendom van art. 5:1 BW garandeert de verkrijger immers duidelijker vermogensrechtelijke zelfstandigheid dan licenties en toegangsrechten.

De ingesloten waarnemingen over de eigendom blijken deels incompleet of troebel te zijn. Dat de eigendom een abstract karakter heeft maakt haar niet alomtegenwoordig, maar vooral kwetsbaar voor andere ontwikkelingen in het objectieve recht. Eigendomsbeperkingen door ‘rechten van anderen’ zijn niet alleen van de eigenaar zelf afkomstig, maar ook juist ook van rechten op andere objecten, zoals het auteursrecht op werken. En: waar het zelfs de vraag wordt of men aan het hebben van een zaak een recht kan ontleen de zaak te mogen gebruiken, is het gebruiken belangrijker dan het beschikken, en niet andersom.

9. SLOTBESCHOUWING

9.1 *Vraagstelling en plan van behandeling*

In deze slotbeschouwing worden de resultaten van het gepresenteerde onderzoek bij elkaar genomen. Dit om antwoord te krijgen op de in de inleiding geformuleerde onderzoeksvraag. Deze luidt: ‘Hoe moeten bij het vermogensobject software uit auteursrechtelijk, verbintenisrechtelijk en goederenrechtelijk perspectief de juridische betrekkingen tussen de auteur, de verkrijger en derden worden gekwalificeerd?’¹ De kern van het antwoord is dat gegeven de reikwijdte van het auteursrecht voor software tot in het eigen gebruik² van de verkrijger, alle vermogensrechtelijke betrekkingen in een auteursrechtelijke dimensie zijn komen te staan. Het auteursrecht als bijzonder deel van het vermogensrecht trekt voor wat betreft software veel goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke vragen naar zich toe, ook op gebieden die traditioneel buiten het werkterrein van het auteursrecht vielen. Hoe deze auteursrechtelijke dimensie op de afzonderlijke betrekkingen uitwerkt, wordt hieronder weergegeven.

Gezien de wijze waarop dit onderzoek wordt gepresenteerd – met afzonderlijk gepubliceerde artikelen – is dit meer dan een samenvattende presentatie van de resultaten van het afgeronde onderzoek. Deze slotbeschouwing biedt ook de mogelijkheid de verschillende softwarebetrekkingen in samenhang weer te geven. Verder is het zo dat sommige van de artikelen al enige tijd geleden zijn gepubliceerd. Deze kunnen in deze beschouwing worden geactualiseerd.

Alvorens de verschillende softwarebetrekkingen langs te gaan, zal ik eerst twee ontwikkelingen in de jurisprudentie behandelen die van groot belang zijn voor het hele hier behandelde onderzoeksterrein.³ In de eerste plaats gaat het om de uitspraak van het Hof van Justitie van 3 juli 2012, *Usedsoft/Oracle*.⁴ Deze betreft de uitleg van de Europese softwarerichtlijn, voornamelijk op het punt van de uitputtingsregel, en daarmee samenhangend, de kwalificatie van de aanschaf van software als koop gezien vanuit Europeesrechtelijk perspectief. De tweede ontwikkeling betreft de uitspraken van de Hoge Raad van 28 april 2012.⁵ Deze uitspraken hebben als onderwerp de kwalificatie van aanschaf van software als koop, nu naar nationaal recht.

¹ Zie: Inleiding, p. 2.

² Zie over de term ‘eigen gebruik’ paragraaf 2.3.3.

³ Zie over de arresten ook: R. van Neck: ‘Kooprecht en softwarelicenties,’ *Tijdschrift voor Internetrecht* 2012, p. 106-109; P. van der Putt en T. Engels: ‘Software license subject to sales law’ *Computer Law Review International* 2012/4, p. 122-125.

⁴ HvJ 3 juli 2012, C-128/11.

⁵ HR 27 april 2012, *NJ* 2012, 293 (Hulskamp/De Beeldbrigade) en 294 (Hulskamp/Bell).

Vervolgens komt in deze slotbeschouwing het auteursrechtelijke perspectief aan bod. Eerst wordt de betrekking tussen de auteur en de rechtmatige verkrijger weergegeven. Daarna komt de problematiek over derden aan de orde, wat hier neerkomt op de betekenis en de strekking van de auteursrechtelijke uitputtingsregel: wanneer mag software die is aangeschaft, als tweedehands software worden doorverkocht?

Hierop volgt het verbintenisrechtelijk perspectief. Tussen de leverancier en de verkrijger wordt een overeenkomst gesloten. Wat is de aard van deze overeenkomst en onder welke omstandigheden kan deze als een koopovereenkomst worden aangemerkt? De derde betreft hier de persoon die als reseller tussen de auteur/producent van de software en de verkrijger in kan liggen. Met wie sluit de gebruiker nu een overeenkomst? Hoe moet de auteursrechtelijke licentie in de distributie worden ‘ingepast’?

Dan volgt het goederenrechtelijke perspectief. Hier wordt ingegaan op de goederenrechtelijke positie van de verkrijger ten opzichte van de auteur. Welke mogelijkheden bestaan om het recht van de verkrijger een sterkere derdenwerking te laten krijgen? Hoe moet de download van software (of meer algemeen digitale informatie) in goederenrechtelijk perspectief moet worden geïdentificeerd? Wat kan een eigendomsrecht voor de gebruiker betekenen? De al dan niet goederenrechtelijke aard van het recht van de verkrijger is bepalend voor zijn positie jegens derden. Hoe ‘houdt’ de licentie van de verkrijger het in geval van een faillissement van de auteur of bij de overdracht van het auteursrecht aan een derde?

Aan het eind wordt nog eens teruggekomen op de uitspraak inzake *Usedsoft/Oracle*. Welk perspectief brengt dit arrest voor de positie van de verkrijger?

9.2 *Ontwikkelingen in de jurisprudentie*

9.2.1 *Usedsoft/Oracle*

De uitspraak inzake *Usedsoft/Oracle* betreft van oorsprong een Duitse zaak. Het BGH bracht de zaak naar het Hof van Justitie met enkele belangrijke auteursrechtelijke vragen over software. De feiten liggen als volgt. *Usedsoft* (de naam zegt het al) maakt van haar bedrijf het verhandelen van tweedehands software. Onder meer gaat het om databanksoftware van Oracle die grotendeels niet via pakketten, maar via een download wordt gedistribueerd. Gebruikers sluiten voor deze software een licentieovereenkomst en verkrijgen zo tegen een bepaalde prijs een duurzaam recht op toegang tot de databanksoftware voor een bepaald aantal gebruikers. Er wordt hier gerekend per 25 gebruikers. Het Hof legt in rov. 22 uit dat wanneer er dus 27 gebruikers gewenst zijn, er twee licenties moeten worden aangeschaft (Engels: *acquired*; Duits: *gekauft*). In een aparte overeen-

komst wordt voorzien in een recht op updates en patches. In de licentieovereenkomst staat de volgende bepaling opgenomen (rov. 23).

‘Door betaling van de betrokken diensten verkrijgt u – uitsluitend voor uw interne bedrijfsdoeleinden – een kosteloos, niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht van onbepaalde duur op alle door Oracle ontwikkelde software die u krachtens deze overeenkomst ter beschikking wordt gesteld.’

Oracle verzet zich tegen het doorverhandelen door Usedsoft van tweedehandslicenties van de door een download verkregen kopie van de Oracle-software. Usedsoft beroept zich op de uitputtingsregel en betoogt dat zij derden rechtmatig verkrijger kan maken van de software.

De eerste vraag die het Hof nu moet beantwoorden of de manier waarop de software door Oracle aan gebruikers wordt verschaft kan worden aangeduid als een koopovereenkomst in de zin van art. 4 lid 2 Swrl. Immers, alleen bij een ‘eerste verkoop’ van de software kan de uitputtingsregel van toepassing zijn. Daarbij moet men, aldus het Hof, ‘eerste verkoop’ niet naar nationaal recht uit te leggen, maar als een autonoom Europeesrechtelijk begrip. Men moet daarbij de verschaffing van de kopie en de licentieovereenkomst als één verweven overeenkomst zien die het overdragen van het eigendomsrecht van de kopie impliceert (Engels: ‘must involve a transfer of the right of ownership in that copy’; Duits: ‘muss (...) das Eigentum an dieser Kopie übertragen worden sein’). Nu het gebruiksrecht is verleend tegen een bepaalde prijs en voor onbepaalde duur is de transactie verschaffing kopie + verlening licentie aan te duiden als een koopovereenkomst (rov. 40-46).

De tweede vraag is of hier sprake is van uitputting nu deze kopie door middel van een pakket, maar via een download wordt verschaft. Deze vraag beantwoordt het Hof bevestigend. Dat er bij de distributie geen gebruik wordt gemaakt van tastbare dragers betekent nog niet dat er een van een niet uitgeputte dienst sprake is: hier is de distributie ‘functioneel gelijkwaardig’ (rov. 61) aan die via dragers.⁶ De uitputting heeft zelfs betrekking op een kopie die opnieuw van de website van Oracle wordt gedownload, ook al is deze aangepast ten opzichte van de oorspronkelijke koop vanwege de uitgevoerde updates en patches (rov. 64-67). Dit betekent weer niet dat het los van de licentieovereenkomst staande servicecontract voor de updates en de patches mee uitgeput raakt. Dat zal de opvolgende verkrijger apart weer moeten sluiten met de leverancier (hier dus Oracle). De verkregen licentie voor het gebruik van de kopie mag niet worden opgeknipt: de software moet volledig worden verwijderd van de server van de eerste verkrijger zodat alleen de tweede verkrijger de kopie kan gebruiken door deze te downloaden en op zijn hardwareomgeving te installeren (rov. 69).

⁶ Zie de zeer uitgebreide motivering in rov. 47-63, waarin onder meer de eigenstandigheid van de uitputtingsregel voor software wordt benadrukt ten opzichte van die in de richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij (2001/29/EG). Onder meer door mij is in het verleden de link tussen deze twee regelingen ten onrechte wel gelegd. Zie E.D.C. Neppelenbroek, ‘Software en de uitputtingsregel,’ *AMI* 2001, p. 128.

Deze overweging is in deze casus belangrijk omdat Usedsoft soms maar een gedeelte van de licenties van een klant van Oracle overnam. Ik stel me zo voor dat een bedrijf drie licenties aanschafte voor maximaal 75 gebruikers, maar uiteindelijk aan twee licenties voor maximaal 50 gebruikers voldoende had. De ene overbodige licentie kan dan niet apart met behulp van de uitputtingsregel worden doorverkocht. Over eventueel later aangeschafte aanvullende licenties geeft het Hof een spiegelbeeldige regel: deze hebben geen betrekking op de kopie waarvoor het distributierecht is uitgeput (rov. 71).

De derde vraag is of de tweede verkrijger een ‘rechtmatige verkrijger’ wordt. Dat deze vraag bevestigend door het Hof wordt beantwoord, verrast niet in het licht van de beantwoording van de vorige vragen. Onoverdraagbaarheidsbedingen, zoals het geciteerde van Oracle, kunnen dat niet voorkomen (rov. 77). Dat het moeilijk is om na te gaan of de oorspronkelijke verkrijger toch niet de mogelijkheid behoudt om van de software gebruik te mogen maken is geen doorslaggevend argument om hier anders over te denken. Dat probleem doet zich immers ook voor als de software op een drager in het verkeer werd gebracht. De auteur zal deze problemen zelf met behulp van technische maatregelen moeten oplossen (rov. 79).⁷ Als niet zou worden aangenomen dat de tweede verkrijger als rechtmatige verkrijger ex art. 5 lid 1 Swrl zou kunnen worden aangemerkt dan zou aan de werking van de uitputting al te ernstig afbreuk worden gedaan (rov. 83). Zowel het downloaden van de kopie van de databanksoftware van de server van de leverancier als het gebruik dat daarop volgt verricht de opvolgende gebruiker als rechtmatige verkrijger ex art. 5 Swrl (art. 45j Aw). Zij hebben, aldus het Hof, het in dat artikel bedoelde reproductierecht (rov. 88, 89).

9.2.2 Hulskamp/De Beeldbrigade, Hulskamp/Bell

In deze arresten is het volgende aan de hand. Bell is auteursrechthebbende/producent van ImageSan, een softwareproduct voor de montage van beeldmateriaal. Deze wordt gedistribueerd door reseller Hulskamp en De Beeldbrigade, een producent van televisieprogramma's, is de uiteindelijke gebruiker. De Beeldbrigade heeft problemen met de software: deze blijkt niet compatibel te zijn met haar computerbesturingssysteem. Ook een vervangend product werkt niet naar tevredenheid. De Beeldbrigade stelt Hulskamp contractueel aansprakelijk voor door haar geleden schade. De rechter in eerste aanleg wijst deze vordering toe. Hulskamp wentelt deze schade in een vrijwaringsprocedure af op Bell. In hoger beroep doet Hulskamp en in haar kielzog Bell, een beroep het kooprecht en wel op de bepaling voor verjaring na twee jaar in art. 7:23 lid 2 BW. Het Hof gaat mee met de stellingname van Hulskamp dat De Beeldbrigade na de eerste klachten in 2004 meer dan twee jaar heeft gewacht met instellen van de vordering en dat gezien het genoemde artikel in het kooprecht de vordering van

⁷ Dit betoogde ik in: Neppelenbroek *AMI* 2001, p. 128.

De Beeldbrigade moest worden afgewezen. Het is opvallend dat vanwege *verkoper* gepleit wordt voor de toepasselijkheid van het kooprecht. Voor deze kwalificatie is in de literatuur vooral gepleit ten gunste van de (*consument*)*koper* die zich bij deze kwalificatie op dwingendrechtelijk werkende beschermingsbepalingen kan beroepen. Waar de gebruiker in abstracto gebaat is bij deze kwalificatie, is de beslissing voor gebruiker De Beeldbrigade althans in deze instantie ongunstig.

De Hoge Raad heeft in de zaak tussen Hulskamp en De Beeldbrigade te beslissen op de vraag of het kooprecht hier inderdaad van toepassing is. Het bevestigende antwoord leidt tot de vervolgvraag of het Hof tot de conclusie kon komen dat Hulskamp een beroep kon doen op art. 7:23 BW. Nu het Hof aangeboden bewijs onterecht heeft gepasseerd dat wel degelijk binnen twee jaar een sommatie had plaatsgevonden, wordt gecasseerd en verwezen. Dit laatste beslissing de zaak, maar hoe de Hoge Raad tot de kwalificatie als koopovereenkomst komt is de juridische krent in de pap.

Het is opvallend hoe zeer de Hoge Raad wenst te vermijden in dogmatisch lastig goederenrechtelijk of auteursrechtelijk vaarwater te komen. De Hoge Raad legt in rov. 3.4 uit dat de beperkte reikwijdte van zijn motivering samenhangt met de vraag die werd voorgelegd. Leent art. 7:23 BW zich voor toepassing in casus als deze? De HR probeert software zoveel mogelijk als een juridisch ongedefinieerd iets te beschouwen dat moet werken en dat (onder bepaalde omstandigheden) gekocht kan worden. Er wordt wel degelijk het een en ander gezegd over de aard van dat iets en de transactie met dat iets als onderwerp, maar de HR waakt ervoor om duidelijke goederenrechtelijke en auteursrechtelijke etiketten aan software te plakken.

In de kernoverweging, rov. 3.5 laat de Hoge Raad voor het kooprecht een net los waarvan de mazen fijn genoeg zijn dat software er nog in blijft hangen. Wie voor een bepaalde prijs een niet in tijdsduur beperkt recht krijgt (of dat nu een eigendomsrecht op een zaak is via art. 7:1 of een licentierecht op een onstoffelijk product via art. 7:47 BW) voor software (of die nu gedownload wordt of op een drager wordt aangeleverd), is koper. Dan heeft de gebruiker namelijk 'iets' wat is geïndividualiseerd en waarover hij de feitelijke macht kan uitoefenen. De kwalificatie is voorts wenselijk, aldus de HR, gezien de uitgebreide koopregeling en de daarin vervatte bescherming van de (*consument*)*koper*. Zij past ook in het stelsel van de wet, nog steeds aldus de HR, gezien het feit dat computerprogrammatuur in de regeling omtrent overeenkomsten op afstand ook als koopobject wordt genoemd (art. 7:46d lid 4 aanhef en onder c BW).

De Hoge Raad heeft zich, anders dan AG Wuisman, niet vastgelegd op de zaakskwalificatie. Daarmee laat de Hoge Raad open of het recht om de software te mogen gebruiken een eigendomsrecht op een zaak is of een (auteursrechtelijk) recht op een onstoffelijk product.

9.3 *De softwarebetrekkingen en het auteursrecht*

9.3.1 De auteur/leverancier en rechtmatige verkrijger

De Europese softwarerichtlijn stelt zijn interpretatoren voor een raadsel. Hoe verhoudt zich de hoofdregel dat alle handelingen die nodig zijn voor het gebruik van de software onder het exclusieve reproductierecht van de auteur vallen (art. 4 Swrl) met de uitzondering ten behoeve van de rechtmatige verkrijger (art. 5 lid 1 Swrl)? Ik heb verdedigd dat de uitzondering niet identiek is aan wat men gewend is van een wettelijke auteursrechtelijke exceptie. De positie van een rechtmatige verkrijger van een kopie bevindt zich namelijk niet achter een schutting op een buitenauteursrechtelijk terrein. Het auteursrecht wordt niet negatief afgebakend, het auteursrechtelijke recht van de gebruiker wordt positief ingevuld. De gebruiker van software, zo betoogde ik, moet het van dat auteursrechtelijk recht hebben, dat, vanwege de uitzondering, een minimumomvang moet hebben. In het normale geval is dat recht in Nederland een auteursrechtelijke licentie, waarin het beoogde gebruik van de software is vastgelegd.

Ik heb drie argumenten aangedragen om voor deze interpretatie te kiezen, gegeven de inherent onduidelijke formulering van de richtlijn.⁸ In de eerste plaats laat een andere interpretatie zich dogmatisch maar moeilijk verdedigen zonder een overspannen rol te geven aan de drager waarop de software wordt aangeleverd of waar vanaf de software toevallig wordt gebruikt. In de tweede plaats past deze interpretatie beter bij de maatschappelijke werkelijkheid waar men zich niet bezighoudt met het verkrijgen van kopieën, maar met de grootte van de licenties. In de derde plaats is deze interpretatie gebruikelijker in andere landen dan in ons land, hoewel aangetekend moet worden dat in geen enkel land de interpretatie van de softwarerichtlijn onomstreden is.

De hierboven beschreven jurisprudentie brengt voor mij geen aanleiding anders over de auteursrechtelijke softwarebetrekking tussen de auteur en de verkrijger te gaan denken.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad valt weinig af te leiden: in de uitspraak wordt juist zo veel mogelijk vermeden om op de auteursrechtelijke achtergrond van software in te gaan.

De uitspraak van het Hof van Justitie brengt meer regels met auteursrechtelijke relevantie. De uitspraak past bij de hier verdedigde ‘licentieopvatting.’ Dit begint er al mee dat in de feitenvaststelling voorop staat dat Usedsoft haar bedrijf maakt van het doorverkopen van licenties. De kopie is enkel van belang zodra de gebruiker de status van rechtmatige verkrijger wenst te verkrijgen: men moet deze kopie op welke wijze dan ook ooit rechtmatig naar zich toehalen (of deze nu in een pakket zit of via een download tot de gebruiker komt) om op deze kwalificatie aanspraak te maken. Of men dan huurder, koper, licentienemer genoemd moet worden, maakt niet uit. Een species van het genus

⁸ Zie hiervoor: paragraaf 2.5.3.2.

rechtmatige verkrijger is vervolgens de koper van de software. Die kwalificatie is in het auteursrecht vooral van belang voor de vraag of de uitputtingsregel van toepassing kan zijn, waarover hierna. De opvolgende koper kan dan op zijn beurt als een rechtmatige verkrijger worden aangemerkt, die het in art. 5 lid 1 bedoelde reproductierecht heeft. Wat deze laatste formulering precies te betekenen heeft, zal ik helemaal aan het eind aan een beschouwing onderwerpen.

9.3.2 Opvolgende verkrijgers en uitputting

De uitputtingsregel geeft een grens aan het auteursrecht. In art. 12b Aw wordt een koppeling gemaakt tussen de uitputting en de eigendomsoverdracht van een door of met toestemming van de auteur in het verkeer gebracht exemplaar. Men zou de verdere overdracht van het exemplaar kunnen zien als een ‘verdere openbaarmaking.’ Deze valt echter niet meer onder het exclusieve recht van de auteur: de verdere overdracht is vrij. De opvolgende verkrijger, de derde, kan als eigenaar van het exemplaar gebruik maken. Dit is één van de vermogensrechtelijke vanzelfsprekendheden: het auteursrechtelijke terrein is door middel van de uitputtingsregel afgebakend van het goederenrechtelijke terrein.⁹

Het probleem bij de uitputtingsregel voor software is wederom dat de positie van de verkrijgende, die zich op de regel wil beroepen, zich niet eenvoudig laat vergelijken met de positie van de traditionele verkrijger van bijvoorbeeld een exemplaar van een boek of een schilderij. In de kern gaat het erom dat gewoonlijk bij de uitputting wel het recht van openbaar maken ten aanzien van de verdere overdracht is uitgeput, maar niet het recht om reproducties te maken. En juist het gebruik van software brengt die reproducties met zich (art. 4 Swrl respectievelijk art. 45i Aw).

Softwareproducenten zouden die juridische omstandigheid voor zich willen laten werken, door aan verkrijgers naast de kopie een niet-overdraagbare auteursrechtelijke licentie te verschaffen om de software, al kopiërende, te gebruiken. Een voorbeeld van een dergelijk beding is hierboven aangehaald in de casus inzake *Usedsoft/Oracle* (‘een kosteloos niet-exclusief en niet-overdraagbaar gebruiksrecht van onbeperkte duur’). Als die niet-overdraagbaarheid juridisch doeltreffend zou zijn, dan zou geen enkele gebruiker doorverkochte software kunnen gebruiken. Elke gebruiker zou dan afzonderlijk aan het infuus van de softwareproducent moeten gaan om zich rechtmatig gebruiker te kunnen noemen. Dit nu is in strijd met de ratio van de uitputtingsregel van art. 4 lid 2 Swrl, waarmee kennelijk wordt beoogd het doorverkopen van software mogelijk te maken. Dit betekent dat de uitputtingsregel, via art. 5 lid 1 Swrl (de uitzondering voor de rechtmatige verkrijger) mede betrekking moet gaan hebben op het reproductierecht om een automatische werking te hebben. Dit vertaalt zich in het Nederlandse recht hierin dat de gebruikslicentie als vorderingsrecht gezien de

⁹ Zie hiervoor, paragraaf 2.3.4.

dwingendrechtelijke werking van de uitputtingsregel niet via art. 3:83 lid 2 BW contractueel onoverdraagbaar laat maken.¹⁰

Bij de behandeling van de uitputtingsregel ben ik ervan uitgegaan dat de verkrijger een licentienemer is, die zijn kopie door een eigendomsverkrijging onder zich heeft verkregen. Het is verrassend dat het Hof van Justitie in *Usedsoft/Oracle* naar geldend recht zou uitspreken dat de uitputtingsregel ook geldt wanneer de software wordt gedistribueerd via een download.¹¹ Wat dat betreft heeft Tjong Tjin Tai het bij het rechte eind gehad.¹² Het Hof creëert de ruimte om dit voor software te kunnen aannemen door te wijzen op de zelfstandigheid van de Softwarerichtlijn ten opzichte van de richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij. Voor het Nederlandse recht betekent het dat de regel van art. 12b Aw, waarin de uitputting aan de eigendomsoverdracht wordt gehangen, naar mijn mening niet geldt voor software.

Het Hof creëert een nieuwe, Europeesrechtelijke logica binnen de softwarerichtlijn. Dit juich ik toe. De eerste stap is dat de uitputting enkel mogelijk is als er sprake is van een eerste rechtmatige verkrijging van een kopie, of dit nu gebeurt door een download of via de verkrijging van een drager. In de tweede plaats treedt de uitputting alleen in voor de transactie die als koop kan worden aangemerkt. Daarbij moet de licentieovereenkomst en de transactie voor de verkrijging van de kopie samen een koop opleveren. Dat is het geval wanneer de softwarelicentie tegen een prijs voor onbeperkte duur wordt verleend. Dan is er, in de woorden van het Hof, een ‘geïmpliceerde eigendomsdracht’ die leidt tot uitputting. Precies die licentie mag de eerste verkrijger doorverkopen en overdragen en de opvolgende verkrijger mag vervolgens zijn (eventueel door een download verkregen en met patches en updates bewerkte) kopie conform die licentie gebruiken als rechtmatige verkrijger.¹³ De eerste verkrijger moet de mogelijkheid om alsnog van de software gebruik te blijven maken, effectief verwijderen.¹⁴ Hieruit volgt vanzelf dat een contractuele onoverdraagbaarstelling van de licentie geen goederenrechtelijk effect kan sorteren.

De beslissende stap in dit stappenplan is dus de kwalificatie van de transactie als koop van de software, een term die ex art. 4 lid 2 Swrl autonoom Europeesrechtelijk wordt uitgelegd.¹⁵ Aan die oorspronkelijke transactie wordt

¹⁰ Vergelijk: paragraaf 3.5. Een bevestigend voorbeeld uit de jurisprudentie: *Rechtbank Dordrecht*, 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863, rov. 4.17.

¹¹ Neppelenbroek *AMI* 2001, a.w. noot 5, p. 131; paragraaf 7.4 aan het einde.

¹² T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Exhaustion and online delivery of digital works’, *EIPR* 2003-5, p. 207-211.

¹³ Vergelijk in Nederland de volgende casus waarbij geen licenties, maar ‘echtheidscertificaten’ werden verhandeld: *Rb Haarlem* 5 april 2006, *LJN*: AV9107; *Rb. Middelburg* 17 maart 2010, *LJN*: BO3809.

¹⁴ Vergelijk Neppelenbroek *AMI* 2001, a.w. noot 5 p. 127 onder e.

¹⁵ Vergelijk voor een toepassing van de leer van *Usedsoft/Oracle*: *Rb Almelo* 11 juli 2012, *LJN*: BX2173, waar de verkrijger in kort geding met succes een beroep deed op de uitputtingsregel. De rechthebbende van software voor verfmengmachines kon niet aantonen dat de software verhuur en niet door verkoop met de verfmengmachines in het verkeer was gebracht.

het gewicht van de uitputting gehangen. Twee aspecten verdienen in dit verband een nadere overdenking.

In de eerste plaats de voor de koopkwalificatie benodigde ‘geïmpliceerde eigendomsoverdracht.’ Wordt hier nu niet op slinkse wijze, de eigendom, het exemplaar en de traditionele opvatting over de uitputting naar binnen gehaald? Gegeven het feit dat deze term in een Europeesrechtelijke context wordt gebruikt, denk ik dat niet. De licentieovereenkomst samen met de verkrijging van de kopie leveren de koop op. Het Hof redeneert hier resultaatgericht: het verkrijgen van het ‘right of ownership’ moet hier begrepen worden als: het verkrijgen van een zelfstandige vermogensrechtelijke positie omdat men definitief betaald heeft voor een niet meer terug te draaien gebruiksrecht. Wat is de aard van dat recht? Heeft de auteursrechtelijke licentie bij koop een bijzondere vermogensrechtelijke status? Behoort zij die te hebben? Dit punt vormt de inzet voor de slotanalyse van het arrest aan het einde van deze beschouwing.

In de tweede plaats heb ik in het verleden niet stil gestaan bij de door het Hof behandelde casus dat een verkrijger van een auteur een kopie + licentie verkrijgt en later deze licentie uitbreidt. Het Hof vindt voor de toepassing van de uitputtingsregel het moment van de oorspronkelijke transactie met betrekking tot de kopie zo gewichtig dat de latere uitbreiding van de licentie niet onder de uitputting valt. Concreet: als de klant van Oracle de oorspronkelijke licentie voor 50 personen uitbreidt naar 75 personen, dan kan alleen de licentie voor 50 personen met de kopie ‘in het verkeer’ komen, het meerdere valt tussen de rails. Men kan hier anders over denken als men minder krampachtig aan de oorspronkelijke verkrijging van de kopie vasthoudt. Ook voor de laatste 25 personen is de auteur definitief beloond, waarom zou die uitbreiding in het totaal niet mee mogen tellen? Ik begrijp niet waarom het nodig is dat de vervolgtransactie meer met de oorspronkelijke transactie te maken zou moeten hebben dan dat het een uitbreiding ervan is.

In hun reactie op mijn auteursrechtelijke analyse van de positie van de verkrijger en derden hebben Rinzema en Visser een aantal redenen aangedragen waarom voor de praktijk de uitputting bij software minder van belang is.¹⁶ Een van de argumenten was dat software moet worden onderhouden en snel in waarde achteruit gaat. Nu het Hof van Justitie de poorten voor de uitputting heeft opengezet, zal het belang van de handel in tweedehands licenties vermoedelijk ook in Nederland toenemen. Dit te meer nu het in het onderhavige geval een opnieuw te downloaden kopie met de meest recente patches en updates betrof.

¹⁶ W.F.R. Rinzema en E.N.M. Visser, ‘Reactie: Uitputting van auteursrecht op software in de praktijk’, *AMI* 2006/5, p. 151-152 en mijn naschrift.

9.4 *Softwarebetrekkingen en het verbintenissenrecht*

9.4.1 De auteur/leverancier en de gebruiker

In de traditionele situatie was het vanzelfsprekend dat voor de transactie met betrekking tot een exemplaar dezelfde regels konden worden toegepast als die betreffende eender welke stoffelijke zaak. Als men een exemplaar van een schilderij verkoopt, gaat dat via art. 7:1 BW, als men deze verhuurt, dan is art. 7:201 lid 1 van toepassing, et cetera. In een analyse over de aanschaf van software als standaardproduct heb ik aandacht gevraagd voor de auteursrechtelijke dimensie van deze overeenkomst, die een eenvoudige gelijkstelling met de koop (huur, etc.) van traditionele exemplaren onmogelijk maakt. Uit de auteursrechtelijke analyse vloeide voort dat de verkrijger het moet hebben van een te verlenen auteursrechtelijke licentie en dat de eventuele eigendomsoverdracht van het exemplaar op een tweede, minder interessant plan is komen te staan.

Ik heb mij aangesloten bij degenen die het om verschillende redenen wenselijk achten dat het kooprecht toepassing kan vinden. De redenen die de CCA heeft aangedragen om voor het kooprecht te kiezen (rechtszekerheid, passend beoordelingskader en consumentenbescherming) vind ik overtuigend.¹⁷ De dogmatische inpassing vindt plaats via een analoge toepassing van de analogie-bepaling van art. 7:47 BW. Art. 7:1 BW kan geen directe toepassing vinden omdat het (primair) gaat om de toepassing van het kooprecht voor de licentie-overeenkomst, die niet op het exemplaar maar op het werk betrekking heeft. Art. 7:47 BW kan geen directe toepassing vinden voor zover het gaat om het verlenen en niet om het verder overdragen van de licentie. In het geval van een definitief verleende licentie tegen een eindprijs is de toepassing van het kooprecht geboden.¹⁸ Ik verdedigde voorts dat het niet uit moet maken of de kopie van de software via een download of via een drager wordt verschaft.¹⁹

In de zaak *Usedsoft/Oracle* heeft het Hof uiteengezet onder welke omstandigheden een softwaretransactie als een ‘eerste verkoop’ in de zin van art. 4 lid 2 Swrl (de uitputtingsregel) kan gelden. Men moet inzien dat de kwalificatie voor het nationale recht een betrekkelijke betekenis heeft, nu de term ‘eerste verkoop’ autonoom Europeesrechtelijk wordt uitgelegd. De betekenis van gebruikte termen hoeft niet een op een te lopen en de Europese uitspraak kan uiteraard niet betrekking hebben op de nationaalrechtelijke dogmatische inpassing in het kooprecht. Dat in acht nemende vind ik de uitspraak van het Hof van Justitie perfect inpasbaar in de hier verdedigde opvatting. Met de uitspraak kan het verbintenisrechtelijke facet van de softwareproblematiek op een lijn worden gebracht met het auteursrechtelijke facet. In de eerste plaats moet het gaan om de rechtmatige verkrijging van een zelfstandig te installeren kopie, of deze verkrij-

¹⁷ Zie hierboven paragraaf 4.5.

¹⁸ Vergelijk hierboven, paragraaf 4.5 en 6.2.1.

¹⁹ Vergelijk hierboven, paragraaf 4.5.

ging nu plaatsvindt via een drager of een download. Wie enkel toegang krijgt tot een server van de aanbieder kan geen rechtmatige verkrijger ex art. 5 Swrl/Art 45j Aw zijn, laat staan koper. In de tweede plaats moet de licentieovereenkomst onverbrekkelijk met de verschaffing van de kopie worden genomen. De auteursrechtelijke licentie bepaalt de aard en de omvang van het gebruiksrecht van de verkrijger. Dat een kooplicentie een gebruiksrecht moet geven tegen een bepaalde prijs en voor onbeperkte duur loopt parallel met de hiervoor beschreven definitief verleende licentie tegen een eindprijs. Dat deze licentieverlening volgens het Hof van Justitie een eigendomsoverdracht impliceert moet niet letterlijk in de zin van art. 3:2, 3:90 5:1 en 7:1 BW worden genomen. De Europeesrechtelijke betekenis van deze opmerking is dat deze licentieverlening de verkrijger als koper in een voldoende vermogensrechtelijk onafhankelijke positie manoeuvreert om de toepassing van de uitputtingsregel te rechtvaardigen. De nationaalrechtelijke dogmatische inpassing moet gebeuren via art. 7:47 BW.

Met de uitspraak van de Hoge Raad inzake Huls Kamp/De Beeldbrigade kan ik instemmen. Hier wordt de juiste norm gehanteerd dat voor koop de verkrijger voor een bepaalde prijs een niet in tijdsduur beperkt recht moet krijgen. Terecht wordt vermeden aan software de kwalificatie 'zaak' te hangen, zodat het mogelijk is de in deze casus juiste kwalificatie koop niet te bezwaren met deze goederenrechtelijke kwalificatie. Westerdijk legt het arrest uit in het licht van zijn theorie dat de kwalificatie als zaak in verschillende gebieden gedifferentieerd kan worden toegepast.²⁰ Het komt mij voor, te meer in het licht van de uitspraak inzake Usedsoft, dat deze theorie nodig noch wenselijk is. De (door) te verkopen auteursrechtelijke licentie moet niet worden vastgeknoopt aan de goederenrechtelijke drager.²¹

Terecht wordt in het arrest geen verschil gemaakt naar de situatie dat de software via een download wordt verkregen of via een drager. Als de verkrijger maar de beschikking over de zelfstandig te installeren kopie heeft, een geïndividualiseerd iets, met het genoemde recht, dan is de toepasselijkheid van het kooprecht gerechtvaardigd. Dat de Hoge Raad niet toekomt aan de bespreking van de auteursrechtelijke achtergrond van het tegen een bepaalde prijs niet in tijdsduur beperkt recht, is te betreuren, maar strikt genomen was een dergelijke exercitie niet noodzakelijk voor de beslissing in deze zaak. Deze lijn laat zich echter eenvoudig doortrekken. Dit recht is het verleende of verder overgedragen licentierecht dat via art. 7:47 BW wordt verkocht.

Deze nationaalrechtelijke kwalificatie van de licentiekoop loopt geheel parallel met de Europeesrechtelijke. Ook hier is de verkrijger een rechtmatige verkrijger ex art. 5 Swrl nu hij de beschikking krijgt over een kopie. Hij is koper in de zin van art. 4 lid 2 Swrl omdat hem de auteursrechtelijke kooplicentie wordt verschaft. Het is daarbij wat merkwaardig dat de Hoge Raad een verwij-

²⁰ Westerdijk in zijn noot onder dit arrest in: *Computerrecht* 2012/154. Zie daarvoor ook: R.J.J. Westerdijk, 'De verbintenisrechtelijke status van software: geen zaak van belang?', in: A.R. Lodder & A. Oskamp (red.), *Caught in the cyber crime act* (liber amicorum voor prof. mr. H.W.K. Kaspersen) Deventer: Kluwer 2009, p. 159-161.

²¹ Zie nader over Westerdijk: paragraaf 4.3.3 en 4.5.

zing maakt naar de richtlijn betreffende overeenkomsten op afstand en het daarvan afgeleide art. 7:46d lid 4, aanhef en onder c BW. Hier wordt een uitzondering beschreven die te maken heeft met de koop op afstand van computerprogrammatuur die in de verpakking is gebleven. Bestudering van de richtlijn betreffende de overeenkomst op afstand leert dat deze uitzondering in de richtlijn niet afhankelijk is van de kwalificatie koop op afstand, maar dat deze algemeen geldt voor alle overeenkomsten op afstand met betrekking tot de daar genoemde informatieproducten.²² De verdere rechtssystematische argumenten overtuigen naar mijn mening wel.

In dit verband verdient een initiatief uit Europa de aandacht dat bekend staat als het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (GEKR).²³ Dit voorstel voor een zogenoemd optioneel instrument geeft veel ruimte voor de toepasselijkheid van het kooprecht als het gaat om ‘digitale inhoud.’ Dit begrip wordt in art. 2 sub j GEKR als volgt gedefinieerd:

“‘digitale inhoud’: gegevens die, al dan niet volgens de specificaties van de koper, in digitale vorm geproduceerd en geleverd worden, inclusief video, audio, afbeeldingen of schriftelijke digitale inhoud, digitale spellen, software en digitale inhoud waarmee bestaande hardware of software kan worden gepersonaliseerd.’

Volgens art. 5 sub b) is deze regeling is het kooprecht van toepassing voor:

‘overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud, al dan niet op een materiële gegevensdrager, die door de gebruiker kan worden opgeslagen, verwerkt en hergebruikt, en waartoe hij toegang kan hebben, ongeacht of tegenover die levering de betaling van een prijs staat.’

Het is wat mij betreft de vraag of hier niet te veel soorten overeenkomsten die met software of digitale informatie te maken hebben onder het kooprecht komen te vallen. Dat het betalen van een bepaalde prijs niet meer bij de definitie van een koopovereenkomst hoort, is moeilijker te plaatsen.²⁴ Duidelijk is echter dat het kooprecht in de digitale wereld een grote toekomst heeft.

Dit moet er niet toe leiden dat er een overmatig enthousiasme ontstaat voor de kwalificatie als koop. Rinzema heeft ervoor gepleit om alle licentieovereenkomsten voor standaardsoftware als koop aan te duiden. Dit omdat geen

²² De uitzondering wordt geformuleerd als zijnde ‘betreffende de levering van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken.’ Achter deze levering hoeft niet per se een koop schuil te gaan. Het herroepingsrecht geldt ook niet wanneer de software bij wege van huur op een drager wordt verschaft: dan is er een ‘dienst op afstand.’ Vergelijk in Duitsland art. 312d lid 4 sub 2 BGB, waarin de term levering in plaats van verkoop wordt gebruikt.

²³ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief, 11 oktober 2011.

²⁴ Vergelijk de ruimhartige wijze waarop Loos digitale informatieproducten in kooprecht welkom heet. Zie: M.B.M. Loos, ‘Overeenkomsten tot de levering van digitale inhoud,’ NTBR 2011/81.

zinnig onderscheid te maken zou zijn naar de vele verschillende licentiesoorten die in de praktijk opgeld doen.²⁵ Ik ben het daar niet mee eens. Waarom zou ik een softwareproduct niet kunnen en mogen huren in plaats van kopen?²⁶ Men moet voor de kwalificatie van de overeenkomst voor het gebruik van software niet kijken naar de omvang van het gebruiksrecht, maar naar de modaliteit van het contract. Wordt de software in één keer afgekocht, dan ligt de toepassing van het kooprecht voor de hand. Wordt periodiek betaald voor het genot van de software voor onbepaalde tijd, dan is dit een huurovereenkomst, een duurcontract dat in beginsel door beide partijen kan worden opgezegd. Wordt voor bepaalde tijd een gebruiksrecht verleend, dan is naar mijn mening de kwalificatie als huur in beginsel het meest geëigend, ook als de huursom in één keer wordt afbetaald. Softwareleveranciers zouden het kooprecht kunnen proberen te omzeilen door een in een keer af te betalen tijdelijk gebruiksrecht te verlenen dat zo langdurig is dat het de economische levensduur van de software evenaart of overtreft. Ik ben het met Rinzema eens dat in een dergelijk geval een rechter het kooprecht moet toepassen. Maar volgens mij komt dat omdat juist in dit geval gezegd kan worden dat de licentie *naar resultaat* voor onbeperkte duur wordt verleend. Dit moet per geval worden bekeken, maar het verlenen van een gebruiksrecht van drie jaar lijkt mij voor software al in veel gevallen te grenzen aan het onbeperkte.

9.4.2 Softwaredistributie via een reseller²⁷

Standaardsoftware hoeft niet direct te worden verkocht door de auteursrechthebbende producent aan de verkrijger. Dit kan ook gebeuren via derden, die in de praktijk worden aangeduid als ‘resellers.’ Een gebruikelijke gang van zaken is dan dat het softwareproduct voorzien wordt van een shrink-wrap license, een schriftelijk of elektronisch document waarin staat dat de verkrijger door van de software gebruik te gaan maken instemt met de licentievoorwaarden van de auteursrechthebbende producent. Ik heb me aangesloten bij diegenen die betogen dat als de verwijzing naar de licentievoorwaarden niet voor of bij het sluiten van de koopovereenkomst met de reseller plaatsheeft, deze (algemene) voorwaarden van de auteur/producent niet van toepassing zijn. Hier weegt de strenge toepassing van de regels voor de totstandkoming van de overeenkomst zwaarder dan de wens van de auteur/producent om op een weinig inspanning kostende wijze de gebruiker aan zijn voorwaarden te binden.

²⁵ W.F.R. Rinzema, ‘Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware,’ *NJB* 2012/28, p. 1950. Zie ook voor het verschijnen van de uitspraak van de Hoge Raad: W.F.R. Rinzema, ‘Computerrecht, Kwaliteit en software: een goede zaak,’ *Computerrecht* 2012/40.

²⁶ Men bedenke dat de term ‘verhuur’ juist ook in het auteursrecht relevant is, nu dit wordt aangemerkt als een openbaarmaking die niet onder de uitputting valt en waarvoor de verhuurder van software een licentie nodig heeft. Zie art. 4 lid 1c en lid 2 SwrI en art. 45h Aw.

²⁷ Zie hoofdstuk 5. Ik heb naar aanleiding van de recente ontwikkelingen niets aan dat stuk toe te voegen of af te doen. Vandaar dat ik volsta met een korte weergave.

Er zijn vier manieren beschreven om de software doeltreffend via een reseller op de markt te brengen. Bij de directe vertegenwoordiging en het derdenbeding is sprake van een agentuurverhouding tussen de auteur en de reseller. In deze gevallen wordt de auteur (primair) de contractuele wederpartij van de verkrijger. Bij de licentiedoorverkoop of sublicentie (of wanneer de licentieverlening vanwege de auteur geen doel treft) is er sprake van een distributierelatie tussen de auteur en de reseller. In deze gevallen is de reseller de contractuele wederpartij van de verkrijger.

9.5 *Softwarebetrekkingen en het goederenrecht*

9.5.1 De auteur/leverancier en de gebruiker

Men kan de softwareproblematiek naar believen wenden en keren. Men kan beginnen met het contract en vragen: kan men software als zaak kopen of gaat het om het verlenen van een licentie? Men kan beginnen met het auteursrecht en vragen: wordt het gebruik van de software nu vrijgelaten of moet men daarvoor een auteursrechtelijke bevoegdheid hebben? Misschien is de meest klassieke informaticarechtelijke vraag wel gesteld vanuit het goederenrecht: moet software kan worden gekwalificeerd als een stoffelijke zaak of als een onstoffelijk rechtsobject?

Hier blijken al deze vragen facetten van één problematiek te betreffen. Mijn antwoord op de auteursrechtelijke vraag is dat de verkrijger een auteursrechtelijk recht verkrijgt om van de software gebruik te mogen maken. Dit betekent dat het auteursrecht een relevant vermogensrechtelijk speelveld erbij krijgt. In verbintenisrechtelijke zin wordt relevant hoe de auteursrechtelijke contracten met de eindgebruiker moeten worden gekwalificeerd. In goederenrechtelijke zin is relevant hoe het auteursrechtelijke recht van de verkrijger moet worden gekwalificeerd. Wat betekent het, dat de verkrijger een gebruikslicentie wordt verleend of het auteursrecht geheel of gedeeltelijk krijgt overgedragen? Deze vragen zijn niet minder verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk omdat het auteursrechtelijke vragen geworden zijn.

Naar aanleiding van de recente jurisprudentie zal er een neiging ontstaan om software uit praktische overwegingen ‘toch maar’ als een zaak te zien. Een aanleiding is de uitspraak van het Hof van Justitie. Eerst overweegt het Hof dat de overeenkomst voor het verschaffen van de kopie (in casu door het downloaden) en de licentieovereenkomst samen als een koopovereenkomst worden gezien in het geval dat de gebruiker een niet in tijdsduur beperkt gebruiksrecht krijgt voor een bepaalde prijs. Dan is er kennelijk sprake van een ‘*geïmpliceerde eigendomsoverdracht*.’ Kan men dan niet zeggen dat software toch een zaak is?

De kern van mijn goederenrechtelijke analyse is dat het wel mogelijk, maar niet erg zinvol is om de verkrijger van software als een verkrijger van de eigendom van een zaak aan te merken. Als het Hof van Justitie spreekt over het

eigendomsrecht (the rights of ownership), dan moet men deze ‘Europese’ overweging niet klakkeloos vertalen naar het nationale art. 3:2 jo. 5:1 BW.

In de analyse over het downloaden van digitale informatie heb ik in goederenrechtelijke zin *iedereen* die een download pleegt, rechtmatig of onrechtmatig, voor software of welke andere data ook, als rechtmatige eigenaar van de verkregen data aangemerkt. Daarbij heb ik een onderscheid gemaakt naar de vastlegging op een losse drager (bijvoorbeeld: een cd-rom) en die op een vaste drager (bijvoorbeeld een server). Bij een losse drager vormen de data en de drager door zaaksvorming een zaak ex art. 5:16 BW, terwijl bij een vastlegging op een vaste drager sprake is van natrekking ex art. 5:14 BW.²⁸

Bij de download wordt een kopie van de digitale informatie losgelaten en deze komt via een keten van originele verkrijgingen bij de gebruiker terecht. De verkrijger wordt eigenaar van de digitale data omdat en zoals hij al eigenaar was van de drager waarop hij de digitale data als onzelfstandig bestanddeel vastlegt en gaat gebruiken. Bij de aanlevering van de digitale data op een drager geldt uiteraard dat de verkrijger eigenaar wordt van die drager die een zaak vormt met de data. Zodra de gebruiker de data gaat installeren op zijn eigen server wordt hij door natrekking eigenaar van de daarop vastgelegde kopie zoals en omdat hij al eigenaar was van de server. Het ligt weinig voor de hand om de rechthebbendheid van iemand af te meten aan de plek waarop de digitale data zich toevallig bevindt.

Maar men zou ook kunnen zeggen dat de digitale data *als zodanig*, dus afgezien van de drager, als een stoffelijke zaak moeten worden aangemerkt. Als doorslaggevend daartegen heb ik het in Duitsland ontwikkelde immanentieargument gehanteerd. Software *bestaat niet* als het niet op één of andere manier is vastgelegd.²⁹ Per download geleverde software moge volgens de Hoge Raad ‘iets individualiseerbaars’ zijn, maar het is altijd hoogstens iets individualiseerbaars op de drager waarop de software terecht komt. Naar mijn mening is het daarom het beste om als men al over software als zaak wenst te spreken, dat men dan de drager + software bedoelt.

Voor Groeneveld, die reageerde op mijn analyse, ben ik dan nog te ‘stoffelijk.’ In zijn ogen kan over digitale gegevens enkel in termen van immateriële producten worden gesproken.³⁰ Dat we software als een zaak kunnen zien omdat en zoals deze nu eenmaal vastligt op een drager wil ook voor mij nog niet

²⁸ In paragraaf 7.3 heb ik overigens een ongelukkige vergelijking gemaakt met het tanken van benzine in een auto. Die handeling heb ik gekwalificeerd als natrekking bij de auto. Bij nader inzien (en overtuigd door mijn collega’s) is daar sprake van vermenging van de benzine bij de voorraad die nog in de tank aanwezig was. Juridisch gezien wordt de dief van benzine dus niet eigenaar van het deel van de gestolen benzine; voor dat aandeel is de bestolene eigenaar als mede-eigenaar van de aanwezige voorraad benzine in de tank. De vergelijking is dus enkel in zoverre treffend dat de eigendomsverhoudingen ook hier door originele verkrijging (mede-eigendom door vermenging, art. 5:15 jo. 5:14 lid 2) bepaald worden.

²⁹ Zie paragraaf 7.2.

³⁰ M.N. Groeneveld, ‘Over rode brandweerauto’s en de verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet,’ *NJB* 2006, p. 1697-1698 en mijn naschrift, *NJB* 2006, p. 1698-1699.

zo veel zeggen. Het eigendomsrecht van art. 5:1 BW, waarin de bevoegdheden van de eigenaar liggen besloten kan, gegeven de vergaande auteursrechtelijke bescherming van de software, voor de verkrijger nagenoeg niets meer betekenen. Het auteursrecht strekt zo ver dat het als een ‘recht van anderen’ in de zin van art. 5:1 lid 2 BW het eigendomsrecht volledig opslokt. Dat het eigendomsrecht een abstract recht is, betekent hier niet dat het alomvattend, maar dat het obsoleet is.³¹ Het voegt niets toe aan het auteursrechtelijke recht dat voor de verkrijger nodig is om van de software gebruik te mogen maken.

Men zou de zaak ook nog kunnen proberen om te draaien door te zeggen dat de licentie een relatief recht is dat hoort bij het verschaft exemplaar ex art. 6:251 BW.³² Bij een kwalitatief recht gaat het om een recht (hier: de licentie) dat in een zodanig verband met een goed staat (hier: het exemplaar) dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang dat goed bestaat. Als een exemplaar vervolgens onder bijzondere titel overgaat, dan zou er sprake zijn van een ‘geïmpliceerde licentieoverdracht’ (vergelijk in Usedsoft/Oracle de ‘geïmpliceerde eigendomsoverdracht’). Deze constructie valt echter niet rond te krijgen. De licentie is niet verbonden met een enkel exemplaar. Ook als een oorspronkelijk aangeleverd exemplaar niet meer bestaat heeft de verkrijger immers nog steeds zijn gebruikslicentie, zoals blijkt uit het feit dat de verkrijger back-up kopieën mag vervaardigen, ook als de oorspronkelijke kopie niet meer bestaat (art. 45k Aw).³³

9.5.2 De opvolgende auteur en de faillissementscurator

Nu de traditionele eigendom van art. 5:1 BW is weggepoetst blijft er een auteursrechtelijke positie voor de verkrijger van de software over. In ben er in mijn analyse vanuit gegaan dat de Europese wetgever in art. 5 lid 1 Swrl wel iets heeft gezegd over de minimuminhoud van het gebruiksrecht van de verkrijger, maar niets over de goederenrechtelijke aard van dat recht.³⁴ In de analyse over de derdenwerking van het recht van de gebruiker heb ik hiervoor meerdere keren het beeld gebruikt dat het auteursrechtelijk gebruiksrecht als een kameleon de kleur aanneemt van het nationale recht waarin het toevallig terecht komt.³⁵ Of deze opvatting is gewijzigd naar aanleiding van het arrest Usedsoft/Oracle is het onderwerp van de slotparagraaf.

In het Nederlandse recht zijn er dogmatisch gezien drie verschillende mogelijkheden. Het normale geval is dat de gebruiker moet worden gezien als

³¹ Vergelijk paragraaf 7.5, betreffende beperking en substitutie van de eigendom. Vergelijk, in breder verband: hoofdstuk 8, paragraaf 8.10.2 in het bijzonder.

³² B. Wessels, ‘Know-how en software in de mangel van het vermogensrecht’, *NbbW* 1995-9, p. 99-101. Deze opvatting behandelde ik in paragraaf 3.3.3.

³³ Zie over de back-up kopie in het algemene verband van de afwijzing van een ‘exemplaar’ als vehikel van het recht van de verkrijger: paragraaf 2.5.2.

³⁴ Zie paragraaf 2.5.4.

³⁵ Zie paragraaf 6.5.2, 6.6.1 en 6.6.4.

een licentienemer. Aangenomen wordt dat de licentie moet worden aangemerkt als een relatief recht, een vorderingsrecht op de auteur die moet dulden dat de verkrijger auteursrechtelijk relevante reproducties maakt bij het gebruik van de software. In de andere twee gevallen verkrijgt de gebruiker een absoluutrechtelijke positie. De verkrijger kan het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overgedragen krijgen of een recht van vruchtgebruik (een minder voor de hand liggende optie) als beperkt recht verleend krijgen. In deze laatste twee gevallen is voor de verkrijging van het recht een akte vereist (art. 2 Aw resp. art. 3:98 jo. art. 2 Aw).

Zeker bij verkochte standaardsoftware wordt niet met een akte gewerkt: de verkrijger heeft (zoals bij de casus Usedsoft/Oracle) een niet-exclusieve licentie. Juist de kwalificatie van de gekochte licentie als vorderingsrecht levert problemen op als de positie van de gebruiker wordt afgezet tegen die van derden, een opvolgende auteursrechthebbende of de curator bij een faillissement van de oorspronkelijke auteur (voor zover de software door het faillissementsbeslag getroffen wordt). Dogmatisch gezien kan de gebruiker zijn vorderingsrecht niet handhaven tegen een opvolgende auteur: de relatiefrechtelijke verbintenis tot dulden betreft enkel de oorspronkelijke auteur. De curator kan zich op het standpunt stellen dat hij de licentie niet hoeft te respecteren. Daarmee kan het de licentienemer onmogelijk (of heel duur) worden gemaakt om van de gekochte software gebruik te blijven maken. Voor zover het in casu niet dwingendrechtelijk regime van het huurrecht van toepassing is op de overeenkomst, is deze uitkomst gerechtvaardigd.³⁶ Ik heb geconstateerd dat bij koopsoftware een spanning bestaat met de ratio van de softwarerichtlijn.³⁷ Ik vind dat de gebruiker in een onevenredig zwakke goederenrechtelijke positie terecht komt. Tot de uitspraak Usedsoft/Oracle heb ik dit als de (onbevredigende) juridische stand van zaken beschouwd. Of de uitspraak mij van mening heeft doen veranderen, komt aan de orde aan het eind van deze slotbeschouwing.

Onder omstandigheden kan het gedeeltelijk overdragen van het auteursrecht een oplossing zijn om de verkrijger in goederenrechtelijk veilig vaarwater te krijgen, bijvoorbeeld bij de praktijk van de software-escrow. Deze route is echter omgeven door dogmatische onzekerheden en zij is bij massaverkoop niet hanteerbaar.³⁸

9.6 *Usedsoft/Oracle en de positie van de koper van software*

De juridische softwarebetrekkingen tussen de auteur, de verkrijger en derden zijn hierboven aan een onderzoek onderworpen. Ik ben begonnen met het beeld van een schutting die traditioneel altijd tussen het auteursrecht en het goederen-

³⁶ Aldus ook: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 255, 265-266.

³⁷ Zie paragraaf 6.6.4.

³⁸ Zie paragraaf 6.7.2 en 6.7.3.

recht heeft gestaan. Het voelt heel natuurlijk aan om onderscheid te maken tussen het auteursrechtelijke onstoffelijke werk, toebehorend aan de auteur en het in het in het verkeer gebrachte stoffelijke exemplaar, toebehorend aan de eigenaar. Dat de schutting omver moet worden gehaald in het geval van software levert een nieuw vermogensrechtelijk speelveld op.

Het arrest *Usedsoft/Oracle* brengt een lijn in de softwarebetrekkingen en gaat in wenselijke richtingen die ik in sommige opzichten naar geldend recht zelfs niet voor mogelijk had gehouden. Er is inmiddels internationaal een stroom aan commentaar op het arrest verschenen.³⁹ Men zal zien dat de commentatoren aan het arrest een zodanige interpretatie zullen geven dat hun theorie gehandhaafd kan blijven. Volgens Haberstumpf, een somber gestemde senior commentator op het gebied van het softwarerecht, zijn de verkeerde vragen aan het Hof voorgelegd en kunnen alle theorieën nog steeds worden verdedigd.⁴⁰ Ongetwijfeld zullen er analyses blijven komen die exemplaar en eigendom in het centrum van de beschouwing stellen,⁴¹ maar naar mijn mening worden deze allengs minder plausibel. Vanuit Anglo-Amerikaans perspectief nemen Vinje, Marsland en Gärtner de op zich correcte licentieopvatting naar mijn mening juist weer te absoluut. Zij betogen dat gezien het feit dat de verkrijger licentienemer is juist helemaal geen plaats zou moeten zijn voor (de automatische werking van) de uitputtingsregel. Zij achten de uitspraak om die reden ‘surprising and concerning.’⁴²

Naar mijn mening houdt de uitspraak met een gematigde licentieopvatting het juiste midden tussen de exemplaaropvatting en een te absoluut volgehouden licentieopvatting. Uit het arrest blijkt dat het begrip rechtmatige verkrijger breed moet worden uitgelegd. Rechtmatige verkrijging is niet identiek aan eigendomsverkrijging. Alleen wie niet de beschikking krijgt over een rechtmatig

³⁹ Hier volgt een lijst van Duits- en Engelstalig commentaar. Ik doe geen aanspraak op volledigheid, mede vanwege de datum van afsluiting van het onderzoek op 1 oktober 2012. Duitsstalig commentaar: Th. Hoeren en M. Försterling, ‘Onlinevertrieb *gebrauchter* Software. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung *Usedsoft*,’ *MMR* 2012, 642; M. Senftleben, ‘Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld,’ *NJW* 2012, 2924; J. Schneider en G. Spindler, ‘Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?’ *Computer und Recht* 2012, p. 489-498; H. Haberstumpf, ‘Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht,’ *Computer und Recht* 2012, p. 561-572. Engelstalig commentaar: Th. Vinje, V. Marsland en A. Gärtner, ‘Software licensing after Oracle v. Usedsoft,’ *Computer Law Review International* 2012, p. 97-102. Y. Harn Lee, ‘*Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp* (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion,’ *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2012, 846-853; J.P. Kolczynski, ‘Exhaustion of copyright of computer software online. A European (Polish, German, Austrian) and US perspective,’ *European Intellectual Property Review* 2012, p. 578-583; T. Synodinou, ‘The principle of technological neutrality in European copyright law: myth or reality?’ *European Intellectual Property Review* 2012, p. 618-627; Chr. Stothers, ‘When is copyright exhausted by a software licence?: *Usedsoft v Oracle*,’ *European Intellectual Property Review* 2012, p. 787-791.

⁴⁰ Hiervoor aangehaald, p. 571-572.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld Van der Putt en Engels 2012, a.w. noot 3, p. 125.

⁴² Hiervoor aangehaald, p. 102.

in het verkeer gebrachte kopie, zoals een rechtmatige gebruiker die online van software op de server van de leverancier gebruik maakt, is geen rechtmatige verkrijger in de zin van art. 5 lid 1 Swrl/art. 45j Aw. De koper van software is een species van het brede begrip rechtmatige verkrijger. Of deze koper via een drager of via een download aan zijn software is gekomen maakt niet uit: het gaat om de definitieve verlening van het gebruiksrecht. Dat recht is het verkregen auteursrechtelijke recht, ofwel de licentie.

In twee opzichten is dit wat mij betreft een doorbraak-arrest. In de eerste plaats wordt bevestigd dat het bij de uitputting van software gaat om de vraag naar mogelijkheid van 'de wederverkoop van een gebruikslicentie.' Datgene wat de eerste gebruiker heeft verkregen, dat wil zeggen: zijn licentie, mag hij verder overdragen: niet meer en niet minder. Dit bevestigt in mijn ogen dat de opvolgende verkrijger rechtmatige verkrijger wordt ex art. 5 lid 1 Swrl/art. 45j Aw omdat hij opvolgende licentiehouders is, en niet omdat hij een wettelijke uitzonderingspositie heeft verkregen die op zich niets met de licentierelatie tussen de leverancier en de eerste verkrijger te maken heeft. Ten tweede is in de uitspraak de door mij voor gewenst gehouden, maar naar geldend recht niet verdedigbaar geachte lijn gekozen dat de uitputtingsregel ook van toepassing is als de software via een download werd verspreid, zelfs als de nieuwe te downloaden kopie voorzien is van patches en updates. Daarmee is de schutting tussen het auteursrecht en het goederenrecht naar mijn mening volledig aan diggelen geschoten.

Wordt in *Usedsoft/Oracle* een uitspraak gedaan over de aard van het auteursrechtelijke recht van de verkrijger? Ik pik hier de analyse op die ik verliet in de paragraaf over de auteursrechtelijke verhouding tussen de auteur en de verkrijger. Ik sprak daarbij mijn verwondering uit over het feit dat het Hof van Justitie overweegt dat bij de koop van software sprake is van een 'geïmpliceerde eigendomsoverdracht.' Wat wordt daarmee bedoeld? Deze vraag moet nader worden ingeleid.

Ik eindigde mijn goederenrechtelijke analyse in de vorige paragraaf hiermee dat de verkrijger naar nationaal recht ook bij koop in het normale geval een licentienemer wordt en daarmee een verkrijger van een relatief recht. Alleen als aan het formele vereiste van een akte wordt voldaan kan de verkrijger alhier gedeeltelijk het auteursrecht overgedragen krijgen. De licentie is de verbintenisrechtelijke tegenhanger van de overdracht: men kan niet zomaar aannemen dat de licentie onder omstandigheden een absoluut, beperkt recht is. Mijn conclusie was dat de softwarerichtlijn onvoldoende aanknopingspunten biedt om deze kwalificatie aan te nemen. Dit maakt de goederenrechtelijke positie van de Nederlandse verkrijger van software anders dan die van de Duitse. In het normale geval verkrijgt die Duitse verkrijger een *Nutzungsrecht* dat als een 'gegenständliches Recht,' een recht met derdenwerking wordt gekwalificeerd.

In de beantwoording van de rechtsvraag in het arrest of de opvolgende verkrijger als een rechtmatige verkrijger kan worden aangemerkt zie ik nog duidelijker dan voorheen naar voren komen dat het wenselijk is dat de kopende rechtmatige verkrijger van software een vermogensrechtelijk onafhankelijke

positie zou moeten hebben. Helemaal in de staart van het arrest wordt de (tweede) licentienemer namelijk aangemerkt als een ‘verkrijger van het reproductierecht.’ De tweede en latere verkrijger van de licentie (the second acquirer of the licence, as well as any subsequent acquirer of it; der zweite und jeder weitere Erwerber einer Nutzungslizenz) kunnen zich op de uitputting van art. 4 lid 2 Swrl beroepen en worden daarmee ook rechtmatige verkrijgers in de zin van art. 5 lid 1. Daarmee hebben deze rechtmatige verkrijgers dus ‘het in deze laatste bepaling bedoelde reproductierecht’ (benefit from the right of reproduction provided for in that provision; die vom Vervielfältigungsrecht nach dieser Vorschrift Gebrauch machen dürfen).

Als men de Nederlandse tekst letterlijk neemt, dan zou daaruit kunnen worden afgeleid dat de kopende opvolgende verkrijger het reproductierecht voor het beoogde gebruik automatisch overgedragen krijgt. Zou dit de betekenis kunnen zijn van de impliciete eigendomsoverdracht? Onder overdracht van de eigendom zou dan de (gedeeltelijke) overdracht van het reproductierecht moeten worden verstaan. Als dat zo zou zijn, dan stond vast dat de verkrijger een absoluutrechtelijke positie heeft zonder dat er een akte aan te pas komt. Toch is dat volgens mij niet de juiste dogmatische route.

We zien dat in de Engelse en Duitse vertaling niet wordt gesproken over de overdracht van het reproductierecht, maar van het gebruik maken (benefit from; Gebrauch machen) van het reproductierecht. *Usedsoft/Oracle* was van oorsprong een Duitse zaak. Het ligt zeer voor de hand dat de Duitsers in deze zaak een bevestiging zien dat ook bij verspreidingen via een download de absolute, auteursrechtelijke Nutzungsrechte mogen worden doorverkocht. Dat maakt de eerste en opvolgende verkrijger ‘vanzelf’ houder van een absoluut recht van een contractueel bepaalde omvang en met de bijbehorende goederenrechtelijke onafhankelijkheid jegens derden.

Ook de Nederlandse kopende rechtmatige verkrijger mag gebruik maken van het reproductierecht. Is deze formulering voldoende om de kopende verkrijger van software aan te merken als een verkrijger van een licentie die vanwege art. 5 lid 1 Swrl goederenrechtelijk wordt verzwaard? Hoe wenselijk ik het ook zou vinden: met deze formulering wordt de licentie nog niet een Europees goederenrechtelijk versterkt recht. De nationale goederenrechtelijke uitgangspunten worden met de formulering ‘gebruik maken van het reproductierecht’ onvoldoende duidelijk opzij gezet. Dit gebruiksrecht kan immers nog steeds een obligatoir recht zijn. Met gedeeltelijke overdracht door een akte (art. 2 Aw) kan die verzwaring wel worden bereikt, maar als gezegd is dat zeker bij massaverkoop niet hanteerbaar. Daar worden dogmatisch gezien nog steeds obligatoire rechten verleend. Ik laat mij graag verrassen door moedige rechterlijke uitspraken die mijn ongelijk bewijzen, maar voorlopig houd ik vast aan dit voorzichtige uitgangspunt.

Uit het arrest spreekt voor mij wel – meer dan ooit – voldoende duidelijk dat de rechtmatige koper van software een vermogensrechtelijk zelfstandige positie zou behoren te hebben. Ik zie in het arrest dan ook een opdracht aan de nationale wetgever om aan de auteursrechtelijke licentie van de rechtmatige

verkrijgende koper van software goederenrechtelijke verzwaring aan te brengen. De kortste klap zou zijn om in de wet te bepalen dat de kopende verkrijger van software de beschikking heeft over een tegen derden (opvolgende auteurs, curatoren) goederenrechtelijk werkend recht. Op deze manier zou de wetgever niet alleen zeker hebben gesteld dat art. 5 lid 1 Swrl ten opzichte van art. 4 Swrl werkt als een uitzondering ten aanzien van de omvang van het te verkrijgen recht, maar ook voor de aard van dat recht. Dan zou naar mijn mening een wezenlijk doel van de softwarerichtlijn worden bereikt, namelijk dat het gerechtvaardigde belang van de auteur om de omvang van het gebruik van de software te mogen bepalen via licentiecontracten niet ten koste gaat van het belang van de kopende verkrijger om in een vermogensrechtelijk onafhankelijke positie blijvend van de software gebruik te mogen maken. Voor degenen die van opvatting zijn dat het nationale rechtssysteem geen ruimte biedt voor een dergelijke aanpassing sluit ik af met een citaat van De Beaufort. Ik vind het passend omdat hij in zijn tijd kennelijk moeite had om zijn opvatting betreffende het auteursrecht als een ‘recht op een onlichamelijk goed’ aan de man te brengen. Anders gezegd: om überhaupt een schutting geplaatst te krijgen om terrein te winnen voor het auteursrecht ten opzichte van het algemene vermogensrecht, waarin zoveel mogelijk werd en vaak nog wordt vastgehouden aan het gekende Romeinsrechtelijke systeem van zakelijke rechten.⁴³

‘En wanneer dus voor een recht geen plaats blijkt te kunnen worden gevonden in het bestaande rechtssysteem, dan zal men dit laatste te hebben herzien, zoodat de plaats *wordt gemaakt*.’⁴⁴

⁴³ Zie bijvoorbeeld mijn commentaar op Struyken en Th. De Jong in paragraaf 8.10.1.

⁴⁴ Cursivering van De Beaufort. Zie: H.L. de Beaufort, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1909, p. 95.

SUMMARY

This thesis focuses on the legal relationships between the copyright owner, the user and third parties regarding computer software in Dutch law. These relations are to be found where contract law, property law and intellectual property law intersect.

In order to introduce the problem field, in chapter two, 'About the software acquirer and about pulling down a fence between copyright law and traditional property law,' a comparison is made between the relationship of the copyright owner and the user of a painting on the one hand and a user of computer software on the other. The legal relationship between a copyright owner and a user of a 'traditionally' copyrighted product, such as a painting, is essentially not problematic. The copyright owner owns the work of art, the immaterial object. The user owns the copy, a movable thing (*roerende zaak*). Traditionally, between intellectual property and 'normal' property a fence seems to be placed as a demarcation. The rights are disconnected. Some obvious observations can illustrate this. First of all, the copyright owner cannot licence the use of the copy of the painting. As a result of freedom of contract, parties can agree upon a certain use of the painting (e.g. regarding the place where the painting is to be hung). This is by no means a copyright-based licence. When the user sells his painting, a third party will not be bound by the agreed use between the painter and the first owner of the copy, as would be the case if the clause formed part of a copyright-based licence agreement. The second obvious observation concerns the exhaustion or first sale rule. According to this rule the owner of the copy is free to dispose of the painting without the copyright owner being able to stipulate otherwise. In contract law, the distribution is simply a sale and a resale (backed by a licence to make the copy available to the public). Certain copyright exemptions are designed to enable the user to exercise his ownership rights to use and to sell his copy. Thirdly, the property of the copy guarantees the user of the copy independence from the painter. When the painter transfers his copyright interest or goes bankrupt, this does not in any way affect the owner of the copy of the painting. Traditionally, the property lawyer and the intellectual property lawyer can leave each other in peace, each one of them safely behind their own fence. When the copyright is exhausted after the first sale of the copy, traditional property law regains its central role.

This situation changes with the introduction of the European software directive. A copy of a computer programme cannot be as easily regarded as a movable thing (*roerende zaak*). The use of software leads to temporary reproductions of the software in the computer (loading and running of the software, Art. 4 para 1 Software directive). The 'lawful acquirer' of software (Art. 5 para

1 Software Directive) therefore needs a copyright licence regarding the immaterial work in order to legally use the software, although the Directive does provide for certain mandatory user rights. Normally, the ‘intended use’ will be laid down in the contract. In this thesis, the opinions of those who regard the normal transfer of ownership of the copy as definitive for the legal position of the user or who regard the use of software by a legal acquirer as part of a traditional copyright exemption are rejected. The opinion that the software user needs a copyright licence (or partially transferred copyright) is backed by the following three legal arguments. First, any other opinion would accord too much importance to the ownership of the medium on which the software is saved. The transferred copy on which the software is saved cannot carry this weight. The medium and the software should be considered separately. Secondly, the opinion requiring a licence is in line with the software licence practice, which in fact predates the software Directive or any other copyright regulation of software. Thirdly, this view, although contested in the Netherlands, seems to be prevailing in Germany – where the focus is on the *Nutzungsrecht* to software – and England – where the software licence is in the centre of attention.

The obvious observations made with respect to the position of the user of the copy of the painting cannot be applied to software. Now, the legal acquirer of software needs a copyright-based licence; everything that seemed to be easy becomes problematic. The fence between copyright law and property law has to be pulled down. New legal questions arise. What does it entail that the copyright owner can licence the use of software? What kind of right does the user have? Can the provisions of the licence agreement between the copyright owner and the first acquirer be invoked against third parties? What role can the first sale rule still play, which is laid down in the European software directive, Art. 4 para 2? Do clauses which intend to block the resale of software (‘this licence is non-transferrable’) have their intended legal effect in the light of the first sale rule? Is the acquisition and further distribution of software still a (re)sale, and, if so, how can this be reconciled with the licence practice? What is the position of the legal acquirer of software as a licensee when the copyright owner transfers his copyright interest or goes bankrupt? Finally, the question needs to be asked what the role of traditional property law is when even the end user, the legal acquirer of a software product, is dependent on a copyright-based user license.

These questions are answered in chapters three to eight. These chapters have been published before as articles in legal journals. The only adaptations made in these chapters are presentational. In chapter nine (‘Concluding observations’) recent developments are processed, including the European case *Used-soft/Oracle* and the Dutch case *Beeldbrigade/Hulskamp*.

In chapter three, ‘Software: the copyright owner, the legal acquirer and third parties,’ the software relations are considered from a copyright perspective. The Software Directive affects the position of a legal acquirer in two ways.

First of all, when giving a licence, the copyright owner must grant certain minimum rights mentioned in art. 5 Software Directive, e.g. the right to make a back-up copy. Thus, the copyright owner can dictate the size of the intended use of the computer programme by contract as long as he respects the minimum user rights. As opposed to the extent of the right of the legal acquirer, the proprietary character of the user right is not regulated by the Software Directive. In Dutch law, the relationship between the copyright owner and the legal acquirer is qualified as an obligation, the copyright licence as a relative right (*ius ad personam*). In order for the user to obtain an absolute right, the copyright interest should be (partially) transferred. This is different in Germany, where the *Nutzungsrecht* has an absolute character. The legal position of the acquirer in light of this qualification is explored further in chapter 6.

Secondly, the exhaustion rule had its effect on the legal relationship between the copyright owner, the first acquirer and third parties. When software is sold for the first time, the exclusive distribution right of the copyright owner does not apply to the subsequent distributions by way of sale (Art. 4 para 2 Software Directive). In my opinion, this restricts the copyright owner in his freedom to regulate the user right. Some argue that the resale of software can be blocked by making the user licence non-transferable. The distribution right may be exhausted, they might say, but the reproduction right, on which the user licence is based, is not. I defend the position (which, from a European perspective, has been put forward by e.g. Blocher) that, in order for the exhaustion rule to work, the contractual restrictions which are aimed at making it impossible or unreasonably difficult to transfer the license to use the software to third parties, do not have an effect as against third parties. This means that the Dutch rule laid down in book 3 Art. 83 para 2 of the Dutch Civil Code, stating that claims can be made non-transferrable by contract, is not applicable due to the exhaustion rule. Such a contractual provision only has the possible effect that a subsequent transfer of the licence constitutes a breach of contract by the first acquirer. The transfer itself is valid. The same holds true for provisions that are aimed at binding the use of the software to the original equipment on which the software is installed or on a specific central processing unit (OEM- and CPU-clauses). These provisions do not by themselves make a subsequent transfer of the software license invalid.

In chapter four, ‘Acquiring standard software and the applicability of sales law’, the focus is shifted to contract law. The Dutch legislator made a statement, favouring the application of sales law when implementing the European distance selling directive. Three arguments were given. A clear qualification serves legal security. The law of sales in the Dutch Civil Code constitutes a clear body of law in which the contract to obtain standard software can be placed. The Dutch Civil Code provides for good consumer protection. These are compelling reasons, but they can only to a certain extent justify the applicability of sales law. The legislator did not take into account the copyright dimension of the relationship between the copyright owner and the legal acquirer. Therefore, the typical

sale of movable things (*roerende zaken*) is not a satisfactory qualification of software acquisition. In two ways this contract differs from the traditional sale. First, the focus of attention is on the licence, which is a right different from the normal property right on material; secondly, this licence has to be granted before it can be transferred. The 'first sale' of the software first and foremost implicitly or explicitly entails a first grant of licence. In Dutch law an analogous application of Art. 47 of Book 7 of the Civil Code makes the application of sales law possible. Before the acquisition of standard software can be called a sale, it has to be clear that there is a one-off transaction: the user must be granted a perpetual user right for a fixed price. These requirements are also used in German case law. If parties agree upon a temporary or a terminable licence to use standard software, this typically constitutes a software rental.

In chapter five, 'Acquirers and resellers: software distribution at the intersection between traditional private law and copyright law', the contractual point of view is extended to third parties in the software distribution process, normally called resellers.

In this chapter, the practice of 'shrink-wrap licensing' is critically analysed. Here, the software acquirer is not confronted with the specific software licence that the copyright owner wishes to impose until after the software transaction with the reseller has taken place. Although this way of contracting is more and more accepted in the United States case law, Dutch (and German) basic rules of contract formation stand in the way of this method (briefly typified as 'pay now, terms later'). Successfully imposing contractual provisions takes more of an effort on the part of the copyright owner and the reseller.

Five possible ways are described. First, the reseller can act as an agent for the copyright owner imposing his licence agreement. Provided that this is reasonably clear for the acquirer at the time of the transaction, the licence agreement between the copyright owner and the acquirer is valid. The second possible way to distribute software successfully via a reseller is the '*ius quaesitum tertio*' (*derdenbeding*), a legal construction used in the Scottish Adobe case. Here, the reseller should stipulate that the acquirer does not have any right to use the software that was delivered on a physical medium or was downloaded until he agrees with the licence agreement of the copyright owner. If implemented correctly, this could make the shrink-wrap licence work. The third way is for the reseller to resell the licence that he obtained from the copyright owner. This ensures to a certain extent that the end user will not acquire more than the reseller had in the first place. After all, the reseller cannot transfer more than he has. This also means that the copyright owner does not have a contractual bond with the user anymore. The fourth way of bringing the software to an end user via an intermediary 'reseller' is via sublicensing. Here, the reseller himself licences the software to the end user within the boundaries set by the primary licence granted by the copyright owner. The fifth way of imposing the intended use upon an eventual acquirer of software is to create the expectations that the latter has with respect to the tolerated use of software in another way than

through specific contractual stipulations. For example, naming a software product a ‘home version’ gives a clear message about the way in which the software is to be used – not in an internal office network. In this more or less rude way the copyright owner can dictate the way software is to be used without having to act pro-actively. Here, the obligational licence relationship between the copyright owner and the legal acquirer originates implicitly from the sale between the reseller and the acquirer.

Chapter six, ‘The software user license and the transfer of copyright or the insolvency of the software licensor’, deals with the legal position of the software acquirer.

As has been mentioned above, the right to use as a copyright-based licence in Dutch law is qualified as a personal right (*ius ad personam*), as is any other licence. This means that, in principle, the person to whom the copyright on the software is transferred is not bound by the licence that the first copyright owner granted to the software acquirer. If the software was rented, this consequence is blocked by the rule that the transfer of a good does not ‘break’ rent (Art. 226 of Book 7 of the Civil Code). This rule can be contractually overruled, but this is a logical consequence of the chosen contractual arrangement. Tensions arise once the software was sold. In Dutch Law there is no rule that protects a buyer of a licence against the transferee of the copyright. The Software Directive does not regulate the proprietary character of the right of the software acquirer. Therefore, the use right, like a chameleon, takes on the colour accidentally given to it by national law. In Germany, acquirers take advantage of the absolute *Nutzungsrecht*. In the Netherlands, software acquirers have a personal licence, unless the copyright is (partially) transferred to them. The new copyright owner does not have to respect the licence. How can this align with the efforts the European legislator made to ensure minimum rights and the exhaustion rule to legal buyers in the software directive? The Dutch legislator does not seem to regard this as a serious problem, though.

If the copyright licensor becomes bankrupt, similar consequences will arise. Does the bankruptcy trustee (*curator*) have to respect the granted software licences? Here, a distinction has to be made. As a result of a prohibition on seizure (*beslagverbod*) of copyrighted works of an original maker, the copyright licences are safe for the legal acquirer. One can be critical of this legal state of affairs because of the background of this prohibition: the moral right of the original maker to make the work available to the public. The choice of the legislator not to deny these moral rights to software companies as ‘original makers’ is not an obvious one. As a result, though, the software licenses are to be respected, and this is a positive consequence for the software acquirer. If the licensor is not the original maker of the software, the seizure prohibition does not apply. According to the Dutch Nebula case-law, the licence agreement may be breached if this helps to maximize the value of the estate (*boedel*) for the creditors. There is also the possibility to transfer the copyright interest to a third party, who does not have to respect the licence originally granted by the licensor. As a result, the

continuation of the software use might be in jeopardy. As a safe alternative, the possibility of a (very) partial, conditional transfer of the copyright ownership by act has been suggested. This arrangement brings a solution in extensive contractual software agreements called 'source escrow.' However, this arrangement does not work for mass-marketed standard software. Here, there is room for the legislator to optimise the proprietary position of software buyer.

The subject of chapter seven, 'Acquiring ownership of digital files over the Internet', does not only cover computer software but also digital files in general.

In this chapter I defend the opinion that downloading a computer file is not something totally immaterial. Those who defend this position view digital data solely as an information product (e.g. a pop song) that can be protected by copyright law. One can also regard digital data as the data-defining particles (*gegevensbepalende deeltjes*) that can be stored on the computer and transported. In this way one can argue that 'something material' happens when a data file is downloaded from one computer to another via a computer network, such as the Internet.

Another opinion holds that digital files constitute property objects by themselves, the ownership of which can be transferred via downloading. I do not agree with this opinion either. Downloading a file means copying a file from one data carrier to another, not transferring it. Only the data carrier can serve as a material property object as such. Data has always to be regarded as tied with the carrier. One cannot own data as a material object, one can only own the carrier and therefore the data on it. If the digital files are stored on a computer, the owner of the computer is therefore owner of the stored data via *accessio (natrekking)*. If digital files are stored on a loose medium like a cd-rom, the owner of the medium becomes owner by way of *specificatio (zaaksvorming)*. The transport of data files is typified as a series of original acquisitions (as opposed to transfer). Legal arrangements that imply the transfer of ownership, such as retention of title, are therefore not useful in the case of downloading data files.

The conclusion of the analysis in chapter seven is that literally everybody who downloads a data file becomes its owner because, and in as far as, he is owner of the carrier on which the data file is eventually stored. This might be considered undesirable or even dangerous, but in five ways this consequence can be put into perspective. First of all, most communications on the Internet are meant to be downloaded and therefore free of commercial value. Secondly, technical measures can be put in place to prevent the data file from being copied. In the third place, access to information can happen online without downloading. The fourth way to put the conclusion into perspective is to look at the ways contracts and intellectual property law bring about limitations on the possibility to use one's 'property.' In the end, the right of ownership on the movable thing can even be pushed away by intellectual property law. This is exactly what happened with computer software. Copyright law dictates the rights of the copyright owner as well as those of the acquirer of software. Here, the connection

between this article and the rest of the thesis emerges. It is not wrong to call the acquirer of a material copy containing computer software the proprietor of the software copy. This property right, however, does not give the acquirer the right to use the software. In order to legally use software, he has to have a copyright-based license. This makes the property of the medium irrelevant for the use of its contents.

In chapter eight, ‘Digitization, copyright law and four observations on property’, the focus is also not on the software relations per se. Here, an analysis is given on how digitization and the developments regarding copyright law influence traditional property law. One of these developments concerns the copyright relations which are the theme of this book. One can see the development of software licensing as part of a development where, due to digitization, copyright law pushes the traditional property rights away.

First, the term ‘ownership’ (*eigendom*) according to Dutch law is analysed. In Dutch property law, the term ownership is reserved for the property right of tangible things (*stoffelijke zaken*). When Dutch lawyers speak about ownership as a basic civil right, the term will be used in a much broader sense, including every proprietary right or claim, such as a copyright or a licence. It is important to keep in mind that ownership in its restricted meaning is analysed. Four observations on ownership are put to the test.

The first one is that ownership of tangible things has a privileged position in Dutch law. Ownership is the starting point in the Dutch property law, and it is the prime example in many theoretical frameworks and textbooks on property law in general. In view of digitization and the developments in copyright law, this observation is criticised. Property law needs what in Dutch literature is called ‘dereification’ (*dereïficatie*). Ownership is not superior to other proprietary rights, but *a* right amongst others (albeit still a very important one).

The second observation is that ownership has an abstract character as a proprietary right. This means that in Dutch law a property right is not considered as a bundle of rights. Ownership essentially means freedom to do with an object as law allows. One can only determine negatively what the use right of a proprietor is, via restrictions that come from outside. This makes ownership a vulnerable right. Property has no positive content that holds back restrictions, and therefore there is no reason why restrictions cannot be imposed. For example, the Software Directive did not intend to make property of a software copy irrelevant as regards to the use its content, but it had this consequence because of the abstract character of ownership as a right.

The third observation is that in property law, restrictions to the exercise of ownership are usually seen as public law restrictions or restrictions that the owner himself brings about (like when he rents the object). No detailed attention is given to the restrictions made by other proprietary rights. Here, of course, the development of copyright on software can serve again as an example.

The last observation holds that the right to dispose of a thing is fundamentally a more important part of ownership than the right to use. In light of the

developments I turn this around. Ownership can become legally obsolete as regards to the right to use; this makes the right to dispose of a good useless as well.

The diminishing role of traditional property rights can also be viewed from a political point of view. The end user of information content (such as software) will be more and more dependent upon content providers. The system of independence by ownership seems to be replaced by a feudal system of technical access backed up by intellectual property rights. I raise the question whether this is a desirable effect of the developments described.

In chapter nine (Concluding remarks) not only a summary is given. Recent developments have been processed as well. Two cases stand out.

The Dutch *Hoge Raad* has decided in the case of *Beeldbrigade v. Hulskamp* that law of sales can be applied to contracts of software acquisition, provided that the user's right is not time-restricted and a fixed price is paid. In this case, the *Hoge Raad* did not enter into the discussion on how this qualification must be seen from a copyright perspective as it did not need to in this case. Although the question whether law of sales can be applied is hereby decided, the discussion about how software licencing fits in, is not. The decision does not in any way contradict the views put forward in this book.

The Court of Justice of the EU gave an interpretation of the software first sale rule in the case of *Usedsoft v. Oracle*. In at least two ways this decision constitutes a breakthrough for the interpretation of the Software Directive. In the first place it is essential that the court regards the resale of software as the resale of the licence that the first acquirer was granted. This confirms the licence view put forward in this book. Furthermore, in this case the Court decided that the first sale rule applies to software that is sold by downloading, even if this download contains new patches and updates. Up to this decision, I did not think this interpretation could be given to the software directive, but I welcome it.

The case of *Usedsoft v. Oracle* made me rethink the qualification put forward in this thesis, that a software licence for the acquirer, even if it is the result of a sale, is a personal right. The exhaustion rule applies to the second acquirer of the licence as well as any subsequent acquirer of it. Those acquirers are lawful acquirers in terms of Art. 5 Software Directive and they can, as the Court puts it: 'benefit from the right of reproduction provided for in that provision.' Does this mean that acquirers own a part of the copyright, or that the sold software licence is an absolute right according to European law? I do not go as far as to conclude this. In Dutch law, the licence is nothing more than the obligatory brother of the absolute transfer of copyright. That a software acquirer can benefit from the reproduction right means that he 'at least' has the personal claim. In my opinion, the court's decision brings with it the task for the Dutch legislator to regulate and guarantee the proprietary absolute character of software licences that were granted by way of sale.

LITERATUUR

- Adriaansens, C.A., *Auteursrecht van de architect*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.
- Alberdingk Thijm, Chr., *Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.
- Alberdingk Thijm, Chr., 'Tussen droom en daad: peer-to-peer en privacy,' *P&i* 2003 p. 105-112.
- Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III* 2010. A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Asser/Hijma 5-I 2001. Jac. Hijma, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Asser/Hijma 5-I 2007. Jac. Hijma, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007.
- Asser/Mijnssen en De Haan 3-I 2001. F.H.J. Mijnssen en P. de Haan, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht. Algemeen goederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Asser/Mijnssen e.a 3-I 2006. F.H.J. Mijnssen e.a., *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Asser/Mijnssen, Van Velten en Bartels, 5* 2008. F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten en S.E. Bartels, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.
- Asser/Scholten Algemeen deel 1974. P. Scholten, *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Barendrecht, J.M. en G.R.B. van Peurse, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997.
- Beaufort, H.L. de, *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1909.
- Beaufort, H.L. de, *Auteursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1932.
- Berger, C., 'Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB', *Archiv für die civilistische Praxis* 2001, p. 411-450.
- Bergh, G.C.J.J van den, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een*

- omstreden begrip*, Deventer: Kluwer 1979.
- Berghuis, M., *Informatielicenties. Een analyse van UCITA en de rechtspraak in Nederland en de Verenigde Staten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.
- Bertrams, R.I.V.F., 'Enige aspecten van het Weens Koopverdrag', *Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad 1995.
- Biemans, J.W.A., 'Van zaken-recht naar goederen-recht: over de zorgplicht van de pandhouder, eigendomsvoorbehoud, reclamerecht, revindicatie en andere zaken' *AA* 2009, p. 320-330.
- Blok, P.H. (red.), *Overeenkomsten inzake informatietechnologie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.
- Blok, P.H. en T.J.M. de Weerd, 'Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar', *CR* 2004, p. 126-128.
- Bodifée, H.J., 'Faillissement en licentie', *TvI* 1997, p. 170-176.
- Boekraad, G.A.J., 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het Nebula-arrest', *MvV* 2007.
- Bouckaert, B., 'Eigendomsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief', *AA* 1990, p. 777-786.
- Braungart, M. en W. McDonough, *Cradle to cradle. Afval = voedsel*, Heeswijk: Search Knowledge 2007.
- Bydlinski, P., 'Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?', *Archiv für die civilistische Praxis* 1998, p. 288-328.
- Cohen Jehoram, H., 'Uitputting in het auteursrecht', *AMI* 1987-2, p. 27-29.
- Czarnota, B. en R.J. Hart, *Legal protection of computer programs in Europe: a guide to the EC directive*, London: Butterworths 1991.
- Degenkamp, J.Th., 'Waarom mogen gegevens geen goederen zijn; en, waarom mag men geen eigenaar van gegevens zijn?' in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer 1997: Gouda Quint, p. 77-89.
- Diedrich, K., 'Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen', *Computer und Recht* 2002, p. 473-480.
- Dreier, Th., 'The council directive of 14 may 1991 on the legal protection of computer programs', *EIPR* 1991, p. 319-330.
- Dreier Th. en B. Hugenholtz (red.): *Concise European copyright law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2006.
- Dreier/Schulze, *UrhG*, München: C.H. Beck 2006.
- Drion, C., C. Stuurman en W. Wefers Bettink (red.), *Boom modellen en commentaar. Internet en e-commerce*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- Drion, C.E., 'Het probleem van Jansen', *NJB* 2009, p. 2191.
- Eggen, J., 'Over de verhouding van eigendom en verbintenis', in: H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits, *Eggen-bundel*, Overveen: Belvédère 1998, p. 455-473.
- Engelen, Th. C.J.A. van, 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/75.

- Franken, H., 'Juridisch theoretische achtergronden', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35-78.
- Folmer, F.C., T.J. de Graaf en A.M.F. Verschuur, 'Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele eigendomsrecht,' *MvV* 2008, p. 168-178.
- Garnett, K.M. en G. Davies, *Copinger and Skone James on Copyright*, London: Sweet en Maxwell 1998.
- Garnett, K., G. Davies en G. Harbottle (red.), *Copinger and Skone James on Copyright*, London: Sweet en Maxwell 2011.
- Gerbrandy, S., *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988.
- Giot, C., *User protection in IT contracts: a comparative study of the protection of the user against defective performance in information technology* (diss. Tilburg), Den Haag: Kluwer law international 2001.
- Graaf T.J. de, in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, paragraaf 4.3, p. 121-138.
- Graf von Westphalen, F. en G. Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, München: C.H. Beck 2012.
- Griffiths, J. en H. Weyers, *De sociale werking van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.
- Groeneveld, M.N., 'Over rode brandweerauto's en de verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over internet,' *NJB* 2006, p. 1697-1698.
- Grosheide, F.W., *Auteursrecht op maat. Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986.
- Grosheide, F.W., 'Uitputting van intellectuele eigendomsrechten', in: F.W. Grosheide en K. Boele-Woelki, *Molengrafica. Europees Privaatrecht 1997. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 284 e.v.
- Grosheide, F.W., 'Shrink-wrap-license', *WPNR* 1997, p. 153-154.
- Grosheide, F.W., 'Mass-market exploitation of digital information by the use of shrink-wrap and click-wrap licenses, in: F.W. Grosheide en K. Boele-Woelki (red.), *Molengrafica. Europees privaatrecht 1998. Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 163-194.
- Guibault, L.M.C.R., *Copyrights limitations and contracts. An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright* (diss. UvA Amsterdam), Den Haag – Londen – Boston: Kluwer law international 2002.
- Guibault, L.M.C.R., *Unravelling the myth around open source licenses: an analysis from a Dutch and European law perspective*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006.

- Haberstumpf, H., 'Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen', in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 69-167.
- Haberstumpf, H., 'Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des Urheberrechts,' *Computer und Recht* 2009, 345-353.
- Haberstumpf, H., 'Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht,' *Computer und Recht* 2012, p. 561-572.
- Harn Lee, Y., 'Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp (Case C-128/11) – Sales of "Used" Software and the Principle of Exhaustion,' *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2012, p. 846-853.
- Hartlief, T., 'The right to own property under the ECHR,' in: J.P. Loof, H. Ploeger en A. van der Steur (red.): *The right to property. The influence of Article 1 protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker publishing 2000, p. 29-48.
- Hoeren, Th., *Softwareüberlassung als Sachkauf: ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware*, München: Beck 1989.
- Hoeren, Th. en D. Schuhmacher, 'Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag. Überlegungen zum Umfang des Benutzungsrechts für Standardsoftware', *Computer und Recht* 2000-3, p. 137-146.
- Hoeren, Th., 'Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software. Körperliche Übertragung und Folgeprobleme,' *GRUR* 2010, p. 665-673.
- Hoeren, Th. en M. Försterling, 'Onlinevertrieb gebrauchter Software. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung Usedsoft,' *MMR* 2012, 642.
- Hondius, E.H., 'Computercontracten', in: F. de Graaf en J.M.A. Berkvens, *Hoofdstukken informaticarecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 65-81.
- Hugenholtz, P.B. en J.H. Spoor, *Auteursrecht op software*, Amsterdam: Otto Cramwinkel uitgever 1987.
- Hugenholtz, P.B., *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.
- Hugenholtz, P.B., 'Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg,' *NJB* 1995, p. 513-519.
- Hugenholtz, P.B., 'Adapting copyright to the information superhighway', in: P.B. Hugenholtz en E.J. Dommering (red.), *The future of copyright in a digital environment*, Den Haag: Kluwer law international 1996, p. 81-102.
- Hugenholtz, P.B., 'Het Internet: het auteursrecht voorbij?' in: *Recht en Internet, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1998-1)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 201-260.
- Huydecoper, J.R.L.A., 'De overgang van ondernemingen en de overgang van rechten uit licentieovereenkomsten,' *AMI* 1992, p. 66-69.
- Jager, C.J. en R.E. Weening, 'Licentie in faillissement,' *VrA* 2008, p. 49-68.

- Johnson, P., 'All wrapped up? A review of the enforceability of "shrink-wrap" and "click-wrap" licenses in the United Kingdom and the United States,' *EIPR* 2003, p. 98-102.
- Jong, Th. F. de, *De structuur van het goederenrecht*, diss Groningen 2006.
- Kemna, A.M. Ch., *Source code depot*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- Klaauw, F.A.M. van der, 'De juridische status van software. Reactie II', *NJB* 1990, p. 282-283.
- Klaauw-Koops, F.A.M. van der en S.F.M. Corvers, *Praktisch informaticarecht voor het hoger beroepsonderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
- Kleve, P. en R.V. de Mulder, 'De juridische status van software', *NJB* 1989, p. 1342-1345.
- Kleve, P. en R.V. de Mulder, 'Voor een goed begrip. Weerwoord naar aanleiding van de reacties op "De juridische status van software,"' *NJB* 1990, p. 283-285.
- Kleve, P., *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004.
- Kolczynski, J.P., 'Exhaustion of copyright of computer software online, a European (Polish, German, Austrian) and US perspective,' *European Intellectual Property Review* 2012, p. 578-583.
- Koelman, K.J., *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechts economische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen* (diss. UvA Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers, 2003.
- Kohler, J., *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Jena: Fischer 1880.
- Köhler, H. en J. Fritzsche, 'Die Herstellung und Überlassung von Software im Bürgerlichen Recht', in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 513-627.
- König, M., 'Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung', *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, p. 1584-1586.
- Koning, M. de en C.S. Mastenbroek, 'Intellectuele eigendom en informaticarecht. Aanbieden van muziekfiles via internet door KaZaA geen inbreuk op auteursrecht,' *JutD* 2004, p. 10-11.
- Laddie, H., P. Prescott en M. Victoria, *The modern law of copyright and designs*, London: Butterworth 2000.
- Landes, W.M. en R.A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- Leenheer, J. en J. Theeuwes, 'De economische omvang van het auteursrecht in Nederland internationaal vergeleken,' *AMI* 2009/4, p. 139-141.
- Leeuw, H.B.M. de, 'Zin en onzin van het downloadverbod,' *Justitiële Verkenningen* 2012, p. 83-96.
- Lehmann, M., 'Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen', in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 1-30.

- Lenselink, B.J., *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. Utrecht 2005.
- Lenselink, B.J., 'Auteursrechtlicentie en faillissement van licentiegever,' *AMI* 2008, p. 29-33.
- Leupold, A. en S. Glossner, *Münchener Anwaltsbuch IT-recht*, München: C.H.Beck 2011.
- Liagre Böhl, E.W.J.H. de, *Sanering en faillissement. Vademecum Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1991.
- Lingen, N. van, 'Morele rechten van fictieve makers,' in: *Qui bene distinguit bene docet. Privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan S. Gerbrandy*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 191-199.
- Lingen, N. van, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters Noordhoff 2007.
- Loewenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, München: C.H. Beck 2003.
- Loos, M.B.M., *Monografieën Nieuw BW. Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2004.
- Loos, M.B.M., 'Overeenkomsten tot de levering van digitale inhoud,' *NTBR* 2011/81.
- Lucas, A. en H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire & artistique*, Parijs: Litec 2001.
- Maanen, G.E. van, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987.
- Maeijer, J.M.M., 'Rechtspersoonlijkheid, persoonlijkheidsrechten en vatbaarheid voor beslag van het auteursrecht,' *BIE* 1990, p. 352-355.
- Mäger, S., 'Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software,' *Computer und Recht* 1996-9, p. 522-526.
- Marly, J., *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union: Abschied vom überkommenen Urheberrechtsverständnis*, München: Beck 1995.
- Meijboom, 'A., Auteursrechtelijke bescherming van software', in: J.E.J. Prins e.a. (red.): *Recht en informatietechnologie: handboek voor rechtspraktijk en beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 (losbl.).
- Mitlehner, S., '§ 108a InsO RegE – Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen kraft Gesetzes?' *ZIP* 2008, p. 450.
- Moritz, H. 'Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?' *Computer und Recht* 1994, p. 257-263.
- Müller-Hengstenberg, C.D., 'Software ist keine Sache', *Neue juristische Wochenschrift* 1994, p. 3128-3134.
- Münchener Kommentar 2001. F.J. Säcker (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. §§ 1-240. ABG Gesetz*, München: C.H. Beck 2001.
- Neck, R. van, 'Kooprecht en softwarelicenties,' *Tijdschrift voor Internetrecht* 2012, p. 106-109.

- Neppelenbroek, E.D.C, 'Software en de uitputtingsregel', *AMI* 2001-6, p. 125-132.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Overdracht van auteursrecht: opsplitsen ten titel van beheer', in: G.T. de Jong (e.a.), *Algemeen-bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 125-135.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'De aanschaf van standaardsoftware en de toepasselijkheid van het kooprecht,' *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2005-2, p. 4-28.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Het drakenzwaard: of virtuele goederen als vorderingsrecht uit on-line contracten,' *Ars Aequi* 2006-1, p. 24-32.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'De verkrijging van de eigendom van elektronische bestanden over Internet,' *NJB* 2006-10, p. 560-566.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Software: De auteur, de verkrijger en derden,' *AMI* 2006-4, p. 109-118.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Dogmatisch purisme', *NJB* 2006-32, p. 1840-1841.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever,' *TvI* 2011-5, p. 152-165.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'De juridische positie van de dief van toegang tot een virtuele amulet. Over de brug tussen diefstal en inbezitneming,' *RM Themis* 2011/6, p. 266-267.
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Verkrijgers en resellers: softwaredistributie op het snij vlak van het vermogensrecht en het auteursrecht,' *NTBR* 2012-6, p. 203-213
- Neppelenbroek, E.D.C, 'Digitalisering, auteursrecht en vier waarnemingen over de eigendom,' *RM Themis* 2012-5, p. 211-222.
- Nentjes, A., *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Stenfert Kroese 2004.
- Nispen, C.J.J.C. van, 'Beslag op en executie van rechten van intellectuele eigendom,' *TvI* 2002, p. 270-273.
- Nordemann, W., K. Vinck en P.W. Hertin, *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart: Kohlhammer 1998.
- Nordmeyer, A. 'Lizenzantiquitätenhandel: Der Handel mit "gebrauchter" Software aus kartellrechtlicher Perspektive,' *GRUR Int* 2010, 489-495.
- Overdijk, T., e.a. 'Exhaustion and software resale rights,' in: *Computer Law Review International* 2011, p. 33-39.
- Paulus, C., 'Die Software in der Vollstreckung', in: M. Lehmann e.a., *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, Köln: Schmidt 1993, p. 831-868.
- Ploeger, H.D., 'Het nationale civielrechtelijke perspectief,' in: T. Bakhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht,' *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

- Putt, P.G. van der, 'Is de VAR-overeenkomst een agentuurovereenkomst?' *CR* 2003/4, p. 231-236.
- Putt, P.G. van der, *Distributie van software*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.
- Putt, P.G. van der en T. Engels, 'Software license subject to sales law' *Computer Law Review International* 2012/4, p. 122-125.
- Quaadvlieg, A.A., *Auteursrecht op techniek* (diss. Nijmegen) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Quaadvlieg, A.A., 'Overdraagbaarheid van licenties naar nieuw BW: hetzelfde en toch iets anders', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Quaadvlieg, A.A., *Auteur en aantasting, werk en waardigheid* (oratie Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
- Quaadvlieg, A.A., 'Het belang van de werkgever,' *AMI* 1993, p. 83-86.
- Quaadvlieg, A.A., 'Intellectuele-eigendomslicenties in "boek 9 BW",' *NTBR* 1995, p. 226-235.
- Quaadvlieg, A.A., 'Intellectuele eigendom als Europees quasi-privaatrecht,' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*. Bijzonder deel, Deventer: Kluwer 2007, p. 489-542.
- Redeker, H., *IT-recht*, München: C.H. Beck 2012.
- Reehuis, W.H.M., *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Reehuis, W.H.M., e.a., *Pitlo. Het Nederlandse burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Rinzema, W.F.R. en E.N.M. Visser, 'Reactie: Uitputting van auteursrecht op software in de praktijk', *AMI* 2006/5, p. 151-152.
- Rinzema, W.F.R., 'Computerrecht, Kwaliteit en software: een goede zaak,' *CR* 2012/40.
- Rinzema, W.F.R., 'Pleidooi voor het kopen van standaardsoftware,' *NJB* 2012/28.
- Salomons, A.F., *De genade en ongenade van den eigenaar*, Amsterdam: Vossiuspers 2001.
- Savornin Lohman, H.A. de, 'Auteursrecht op software onder beslag en in faillissement,' *NJB* 1988, p. 897-900.
- Schaink, P.R.W., 'Enkele bespiegelingen door de bril van een faillissementscurator,' *IER* 2009/74.
- Schelven, P.C. van en H. Struik, *Software-recht: bescherming en gebruik van programmatuur sedert de richtlijn softwarebescherming*, Deventer: Kluwer 1995.
- Scheltema, M.W. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?' *CR* 2003, p. 244-248.
- Schneider, J. en G. Spindler, 'Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?' *Computer und Recht* 2012, p. 489-498.
- Schoordijk, H.C.F., *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

- Schricker, G., e.a., *Urheberrecht: Kommentar*, München: Beck 1999.
- Schricker, G. en U. Loewenheim, *Urheberrecht: Kommentar*, München: Beck 2010.
- Schricker, G. en Th. Dreier, *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997.
- Seignette, J.B.M., 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk,' *AMI* 2001 p. 29-34.
- Senftleben, M., 'Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld,' *NJW* 2012, 2924.
- Slager e.a., *Werken met source code escrow*, Antwerpen – Deventer: Kluwer rechtswetenschappen 1990.
- Slagter, W.J., 'Eigendom en pseudo-eigendom', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 357-374.
- Snijders, H.J. en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Snijders, W., 'Boekbespreking: Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht*, diss. Groningen,' 2006, *WPNR* (2006) 6689.
- Spoor, J.H., *Scripta manent. De reproductie in het auteursrecht* (diss. Utrecht), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.
- Spoor, J.H., 'Zijn de kalenders rechtmatig in het koninkrijk gewijzigd? Uitputting van intellectuele eigendomsrechten', *BIE* 1985 nr. 6-7, p. 242-247.
- Spoor, J.H., 'Onzekere zekerheid en lastig beslag,' *BIE* 1990, p. 358-363.
- Spoor, J.H., 'Uitputting van intellectuele eigendomsrechten, met name in het auteursrecht', in: *CIER-lezingen 1988-1989*, Utrecht: Molengraaff-instituut 1990, p. 61-68.
- Spoor, J.H., 'The copyright approach to copying on the internet: (over)stretching the reproduction right?', in: P.B. Hugenholtz en E.J. Dommering (red.), *The future of copyright in a digital environment*, Den Haag: Kluwer law international 1996, p. 67-79.
- Spoor, J.H., D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
- Von Staudinger §§ 21-103, 1995. H. Dilcher e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Erstes Buch. Allgemeiner Teil. §§ 21-103*, Berlin: Sellier – de Gruyter 1995.
- Von Staudinger §§ 433-534, 1995. M. Cremer e.a., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433-534*, Berlin: Sellier – de Gruyter 1995.
- Steur, J.C. van der, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2003.
- Stothers, Chr., 'When is copyright exhausted by a software licence?: Usedsoft v Oracle,' *European Intellectual Property Review* 2012, p. 787-791.

- Struik, H., 'Het millenniumprobleem ook zonder onderhoudscontract', *Bb* 1999-9, p. 100-102.
- Struik, H., 'De softwarerichtlijn geëvalueerd,' *AMI* 2001-4, p. 81-85.
- Struik, H., 'Over het wettelijk gebruiksrecht van software', in: P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H. Franken*, Deventer: Kluwer 2001, p. 511-513.
- Struik, H., 'Software in faillissement', *TvI* 2002, p. 280-285.
- Struik, H., P.C. van Schelven en W.A.J. Hoorneman, *Softwarerecht. Bescherming en gebruik van computerprogrammatuur onder auteursrecht en octrooirecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Struycken, T.H.D., *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
- Stuurman, C., 'ICT-contracten', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. De Wild (red.), *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 102.
- Synodinou, T., 'The principle of technological neutrality in European copyright law: myth or reality?' *European Intellectual Property Review* 2012, p. 618-627.
- Teijl, R. en R.W. Holzhauer, *Wisselende perspectieven in de rechtseconomie*, SI-Eur reeks, Rotterdam: Gouda Quint 1997.
- Thole, E.P.M., *Software, een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.
- Thole, E.P.M., 'De juridische kwalificatie van de aanschaf van software', in: H. Struik e.a., *10 jaar IT & recht: verleden, heden en toekomst*, Alphen aan den Rijn: Samson bedrijfsinformatie 1996, p. 29-54.
- Thole, E.P.M., 'Automatisering en aansprakelijkheid', in: J.E.J. Prins e.a. (red.): *Recht en informatietechnologie: handboek voor rechtspraak en beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 (losbl.).
- Tjong Tjin Tai, T.F.E., 'De omvang van het gebruiksrecht van programmatuur', *CR* 2001-2, p. 60-65.
- Tjong Tjin Tai, T.F.E., 'Exhaustion and online delivery of digital works', *EIPR* 2003-5, p. 207-211.
- Trompenaars, B.W.M., 'Legal support for online contracts,' in: P.B. Hugenholtz (red.): *Copyright and electronic commerce*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer law international 2000, p. 267-307.
- Valkhoff, J., *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1949.
- Valkhoff, J., 'De Nederlandse postzegel privaatrechtelijk beschouwd', *RM Themis* 1952, p. 75-97.
- Verkade, D.W.F., 'Gegevensbescherming en privaatrecht', in: *Gegevensbescherming (Handelingen Nederlandse Juristen-vereniging 1988-1)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 33-91.
- Verkade, D.W.F., 'Intellectuele eigendom', in: H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. De Wild, *Recht en computer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 227-289.

- Verstijlen, F.M.J., in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 87-160.
- Verstijlen, F.M.J., 'Boekbeshouwingen,' *RM Themis* 2006/6, p. 270-275.
- Vey Mestdagh, C.N.J. de, J.J. Dijkstra en S.C. Huisjes: *ICT-recht voor de praktijk*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2008.
- Vinje, Th., V. Marsland en A. Gärtner, 'Software licensing after Oracle v. Usedsoft,' *Computer Law Review International* 2012, p. 97-102.
- Visscher, F. de, en B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles: Bruylant 2000, p. 224-225.
- Visser, D.J.G., *Auteursrecht op toegang* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1997.
- Walter, M.M. en S. von Lewinski (red.): *European copyright law. A commentary*, Oxford: Oxford university press 2010.
- Wessels, B., 'Know-how en software in de mangel van het vermogensrecht', *NbBW* 1995-9, p. 99-101.
- Wessels, B., *Monografieën Nieuw BW. Koop: algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Wessels, B., *Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1)* Deventer: Kluwer 2009.
- Wessels, B., R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.
- Westerdijk, R.J.J. en F. van der Klaauw, 'De shrink-wrap licentie', *CR* 1991-1, p. 18-24.
- Westerdijk, R.J.J., *Produktaansprakelijkheid voor software - Beschouwingen over de aansprakelijkheid voor informatieprodukten*, (diss. VU Amsterdam), z.p. 1995.
- Westerdijk, R.J.J., 'Reactie. Openen en klikken: overeenkomst gesloten,' *CR* 2004, p. 280-282.
- Westerdijk, R.J.J., 'De verbintenisrechtelijke status van software: geen zaak van belang?', in: A.R. Lodder en A. Oskamp (red.), *Caught in the cyber crime act (liber amicorum voor prof. mr. H.W.K. Kaspersen)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 159-161.
- Wichers, J.E., *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek* (diss. Groningen), Groningen, 2002.
- Wille, D.M., *Praktijkboek curatoren. B. 18. De curator en intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2000.
- Wille, D. en H.W. Roerdink in: C.P.R.M. Dekker e.a., *Praktijkboek insolventierecht 6, Capita selecta insoventierecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Wissink, M.H., 'De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse recht', *NTBR* 1999, p. 1-11.
- Wissink, M.H., *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

- Witte, A., 'Urheberrechtliche Gestaltung des Vertriebs von Standardsoftware', *Computer und Recht* 1999-2, p. 65-72.
- Zahrnt, C., 'Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht', *Computer und Recht* 1994, p. 455-459.
- Zanten, T.T. van, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.
- Zwalve, W.J., *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht. I Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- Zeben, C. J. van en J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

TREFWOORDENREGISTER

	paragraaf
Aansprakelijkheid	4.3.2, 4.4.2, 4.5.
Akte	
- en levering auteursrecht	2.3.1, 2.5.4, 6.4.1, 6.7.2, 6.7.4, 6.8, 9.5, 9.6.
- en levering licentie	3.3.3, 5.4.4.2, 5.5, 6.4.1.
- en vestiging vruchtgebruik	6.7.2.
Algemene voorwaarden	
- informatieplicht	5.3.5.3.
- kernbedingen	5.3.5.2.
- toepasselijkheid	5.3.5.1-3, 5.3.6.1.
Application service provision (ASP)	7.5, 8.9.4.
Arbit-voorwaarden	2.5.3.2.
Auteursrecht	
- droit au respect	Zie morele rechten.
- (gedeeltelijke) overdracht	Zie overdracht van auteursrecht.
- recht van openbaar maken	2.3.2, 2.4.1, 2.8, 3.3.1, 5.3.5.2, 6.6.1, 7.4, 8.9.2, 9.3.2.
- verveelvoudigingsrecht	2.3.3, 2.4, 2.5.3.1, 3.3.1, 3.4.2, 4.1, 4.4.2, 5.2.2, 5.3.6.1, 6.3.1, 6.7.2, 8.9.3.
- werk-terrein	2.3.4, 2.6.
- wettelijke exceptie	2.3.3, 2.5.4, 6.3.2, 6.6.5.
Back-up kopie	2.5.1-2, 2.5.4, 3.2, 3.3.3, 5.2.2, 6.3.1, 9.5.1.
Bedrijfsnetwerk	3.3.2, 3.5, 5.3.4, 5.5.
Beoogd gebruik	
- contractuele invulling	2.4.4, 2.5.4, 3.3.3, 3.4.1, 3.5, 3.6, 5.5, 6.3.1.
- mimimum	2.4.4, 2.5.3.1, 2.5.4, 2.6, 2.8, 3.3.3, 3.4.1, 3.5, 6.1, 6.5.2, 9.3.2, 9.5.2.

Beslagverbod	6.6.1, 6.6.2, 6.7.4.
Broncode	6.2.3, 6.5.3, 6.6.6, 6.6.7, 6.7.2.
CD-rom	4.2, 4.3.2, 4.5, 7.1, 7.2, 9.5.1.
Click-wrap license	5.3.1.
Consument	4.1, 4.3.1, 4.5.3, 5.3.2, 5.3.3, 5.4.3.3, 9.2.2, 9.4.1.
Content providers	8.1, 8.11.
CPU-clausule	3.3.3, 3.3.4, 3.4.1, 3.5, 3.6.
Digitale data	Zie: gegevens.
Digitalisering	8.1, 8.9.
Digital Rights Management (DRM)	2.5.4.
Downloaden	
- goederenrechtelijke kwalificatie	Hoofdstuk 7, 9.5.1.
- kooprecht	4.2, 4.3.2.
- rechtmatige verkrijging	9.2.1.
- uitputting	Zie: uitputting.
- verbod	8.1, 8.11.
E-books	8.1, 8.9.4, 8.11.
Echtheidscertificaat	9.3.2.
Eigendom	
- abstract karakter	2.3.3, 2.5.4, 8.1, 8.6, 8.10.2, 9.5.1.
- (on)afhankelijkheid	2.2, 2.3.4, 8.9.3, 9.6.
- beschikken	2.3.2, 3.3.1, 8.8, 8.9.2.
- bevoorrechte positie	8.5, 8.10.1.
- (de)reïficatie	8.5, 8.10.1.
- eigen gebruik	2.3.3, 2.4.1, 2.5.2, 2.5.3.2.
- feodale relaties	8.11.
- grondrechtelijke bescherming	8.3, 8.5, 8.11.
- plaatsbepaling	8.4.
- vermaatschappelijking	8.1, 8.11.
- volksbegrip	8.2.
Eigendomsbeperkingen	
- auteursrecht	8.9.1.
- horizontale beperkingen	8.11.

- publiekrechtelijke beperkingen	8.7.
- rechten van anderen	8.4, 8.7, 8.9.1, 8.10.3.
- verticale beperkingen	8.11
- zelf opgelegde beperkingen	8.7, 8.10.3.
Eigendomsvoorbehoud	7.1, 7.4, 7.6.
Embedded software	4.2, 4.6.
Escrow	
- faillissement licentiegever	6.1, 6.6.6, 6.7.2, 6.8, 9.5.2.
- overdracht auteursrecht	6.1, 6.5.3, 6.7.2, 6.8, 9.5.2.
Exemplaar	
- eigendomsverkrijging	2.3.2, 2.4.2, 2.4.4-5, 2.5.3-4, 3.3.1, 3.5, 4.6, 5.2.1-2, 7.1, 7.3-7.4, 7.6, 8.9.2-3, 9.3.2, 9.4.1, 9.5.1.
- gegevensdrager	2.2, 2.5.2, 2.7, 4.3.3, 5.3.3, Hoofdstuk 7, 8.9.3, 8.11, 9.4.1.
- goederenrechtelijke sfeer	2.3.1, 2.6, 8.9.
- levering	3.3.4, 4.3.1, 4.4.1, 5.3.1, 7.1-7.3, 8.5, 9.4.1.
- originele verkrijging	7.3, 9.5.1.
Faillissement	
- licentiegever	6.6, 9.5.2.
- paritas creditorum	6.6.3.
- wederkerige overeenkomsten	6.6.3.
Fictieve maker	6.6.1.
Functionaliteit	3.3.2, 5.3.2.
Gegevens	
- digitale gegevensbestanden	2.5.2, 3.3.1, 7.1-7.3, 7.5, 9.5.1.
- ideële/materiële gegevens	7.2.
Huurovereenkomst	
- koop breekt geen huur	6.5.1, 6.8.
- kwalificatie	2.5.3.2, 4.3.3, 4.5, 4.6, 6.5.1, 9.4.1.
ICT-office voorwaarden	2.5.3.2.
Kameleon	6.5.2, 6.6.1, 6.6.5, 9.5.2.
Koopovereenkomst	
- conformiteit	4.3.2, 4.5, 5.3.2.
- dubbele analogie	4.3.3, 4.5, 6.2.2, 9.4.1.
- faillissement licentiegever	6.6.5.

- kwalificatie	Hoofdstuk 4, 6.2.2, 9.4.1.
- overdracht van auteursrecht	6.5.2.
Licentieovereenkomst	2.4.3-4, 2.5.3, 3.3.1, 3.5, 4.3.2-3, 5.3.1-5, 5.4.3, 5.5, 6.6.3-4, 9.2.1.
Machinecode	6.2.3.
Maker	1.1, 2.3.1, 2.3.4, 6.6.1, 6.6.2, 8.9.1.
Morele rechten	2.3.1, 6.6.1, 8.9.1.
- droit au respect	8.9.1.
Muziekbestand	Hoofdstuk 7.
Nieuwe versie	6.2.3.
Nutzungsrecht	2.5.3-4, 3.4.2, 4.4.1-2, 6.3.2, 6.4.2, 6.5.2, 6.6.1, 6.6.7, 6.7.2, 9.6.
OEM-clausule	3.3.3-4, 3.4.2, 3.5, 3.6, 6.7.2.
Onderhoud	6.2.3, 6.5.3, 6.6.6, 6.7.2-3, 9.2.3.
Online toegang	2.4.3, 2.8, 5.3.6, 7.5, 8.1, 8.9.4, 9.6.
Opdracht	4.3.1.
Open source licentie	5.3.5.2
Originaire verkrijging	
- download digitaal bestand	Zie: downloaden.
- flessenpost	7.3.
- natrekking	2.5.2, 7.2-7.4, 7.6, 9.5.1.
- tanken benzine	7.3, 9.5.1.
- vermenging	9.5.1.
- zaaksvorming	2.3.1, 7.2, 9.5.1.
Overdracht van auteursrecht	
- gedeeltelijke overdracht	2.3.1, 6.7.2-3, 6.8, 9.6.
- numerus clausus	6.7.2, 8.5, 8.10.1.
- voorwaardelijke overdracht	6.6.7, 6.7.2.
Persoonlijkheidsrechten	Zie: morele rechten.
Productenaansprakelijkheid	5.2.1, 5.3.4.

Rechtmatige verkrijger	
- eigendomsoverdracht	Zie: exemplaar.
- koop	Zie: koopovereenkomst.
- minimumrechten	2.4.4, 2.6, 3.3.3, 5.2.2, 6.5.2.
Reproductie	
- in beeld brengen	2.4.3-4, 2.5.1, 2.5.3-4, 3.1, 3.2, 3.3.3.
- laden	2.4.1, 2.4.3-4, 2.5.1, 2.5.3-4, 3.2, 3.3.1-2, 3.4.1, 5.1, 5.2.2, 6.3.1, 8.9.3.
- opslaan	2.4.1, 3.2.
- reproductierecht	Zie: verveelvoudigingsrecht.
- tijdelijke reproductie	2.5.3.2, 3.2, 3.3.1-2, 3.2, 3.3.1-2..4.1, 7.3.
- uitvoeren	2.4.1, 2.4.4, 2.5.1, 2.5.3-4, 3.2, 3.4.1, 5.2.2, 6.3.1.
- werkgeheugen	3.3.1-2, 8.9.3.
Reservekopie	Zie: back-up kopie.
Saas	Zie Application service provision.
Sache	4.4.1.
Sachkauf	4.4.1-2.
Schutting	2.1, 2.3.4, 2.5.3, 2.6-2.8, 9.3.1, 9.6.
Softwaredistributie	
- agentuur	5.4.1, 9.4.2.
- derdenbeding	5.3.6, 5.4.3, 5.5, 9.4.2.
- distributieovereenkomst	5.2.1, 5.4.1.
- distributierecht	5.2.2.
- doorverkoop	5.2.1-2, 5.2.4, 5.4.1, 5.4.4, 5.5, 9.4.2.
- reseller	2.3.4, Hoofdstuk 5, 9.2.2, 9.4.2.
- sublicentie	5.4.5.
Softwarefout	2.4.4, 2.5.3.2, 2.5.4, 3.3.3, 4.3.2, 5.3.2, 6.3.1.
Softwarelicentie	
- aard	2.5.1, 2.5.3.2, 2.5.4, 6.3.1-2, 6.4.1-2, 6.5.2, 6.6.7, 9.3.2, 9.5.2, 9.6.
- direct license	2.5.3.
- downstream license	2.4.4, 2.5.3.2, 4.3.3.
- duur	4.3.3, 4.4.1, 4.5, 5.3.3, 5.3.5.2, 6.5.1, 9.4.1.
- EULA	2.4.4, 2.5.3.2.
- nulloptie	5.3.4-5, 5.4.4, 5.5.
- obligatoire verhouding	2.5.4, 5.3.3-4, 5.4.4, 6.1, 6.5.2, 6.6.5, 6.6.7,

- omvang	9.5.2, 9.6. 2.3.1, 2.4.3-4, 2.5.1-4, 3.3.2-3, 4.4.2, 4.6, 5.3.4, 6.3.1-2, 6.7.1, 9.3.1, 9.4.1, 9.6.
- shrink-wrap license	2.4.4, 2.5.2, 3.4.1, 4.2, 5.2.2, 5.3, 5.4.3, 5.5, 9.4.2.
- site license	4.2, 4.6.
- verbintenis	Zie: obligatoire verhouding.
- wettelijke licentie	2.5.3-4.
Softwarepakket	5.2.2, 5.3.1, 5.4.4.
Standaardsoftware	2.4.2, 2.5.2, Hoofdstuk 4, 5.3.5, 6.6.5, 7.4, 9.4.1-2, 9.5.2.
Uitputting	
- distributierecht	5.2.2.
- downloaden	2.4.2, 2.8, 4.5, 7.4, 7.6, 8.9.2, 9.2.1, 9.3.2, 9.6.
- eigendomsoverdracht	2.1, 2.3.2, 2.4.2, 2.4.4, 2.5.2, 7.4, 8.9.2, 9.3.2.
- Erschöpfung	8.9.2, 9.6.
- first sale	5.3.6.
- informatievrijheid	2.3.2, 8.9.2.
- mededingingsregulering	2.3.2.
- patches en updates	9.2.1, 9.3.2, 9.6.
- softwarerichtlijn	2.1, 2.4.2, 2.8, 5.2.2, 9.2.1, 9.4.1.
- splitsen licenties	9.2.1, 9.3.2.
- verhuur- en leenrecht	2.3.2, 8.9.2.
- verveelvoudigingsrecht	2.4.2, 2.5.4, 2.8, 3.5, 9.3.2.
- vrij verkeer van goederen	2.3.2, 8.9.2.
Virtuele objecten	7.5, 8.9.4, 8.10.1.
Vruchtgebruik	2.5.4, 6.7.3, 8.8, 8.10.4, 9.5.2.
Wanprestatie	2.5.3, 3.3.3, 4.3.2, 6.2.1, 6.6.3-4.
Webwinkel	5.4.2-3.